

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law



Cilt: XIII - Sayı: II - Yıl: Aralık - 2023
Volume: XIII - Issue: II - Year: December - 2023

Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. Yılına Armağan

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

- Dr. Öğr. Üyesi Çağrı KAN
Taksirli Suçlarda Kişisel ve Ailevi Durum Çıkmazı
The Deadlock of Personal and Family Circumstances in Negligent Crimes
- Dr. Öğr. Gör. Alkım AKTAŞ İNAM
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kolluk Faaliyetlerinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi
The Principle of Proportionality in Supervision of Law Enforcement in the Light of the Decisions of the European Court of Human Rights
- Dr. Öğr. Üyesi Cansu KOÇ BAŞAR
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesinin Etkin Korunması Üzerine Bir Değerlendirme
An Evaluation on the Prohibition of Discrimination in the Context of the European Convention on Human Rights and Effective Protection of the Equality Principle
- Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN
Sağlık İçin Tehlikeli Madde Temini Suçu (TCK m. 194)
Crime of Supply of Harmful Substances
- Dr. Öğr. Üyesi Zeynep HAZAR
Hayvan Refahı: Din ve İnanç Özgürlüğüne Getirilen Yeni Bir Sınırlandırma Nedeni mi?
Animal Welfare: Is it a New Legitimate Aim for Limitation on Freedom of Conscience and Religion?
- Öğr. Gör. Tuba AYKANAT - Dr. Öğr. Üyesi Salih KORKMAZ
Osmanlı Hukukunda Seçimler
Elections in Ottoman Law
- Tahsin TORUNOĞLU
Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu Maddesinde Düzenlenen Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suretiyle Kaçakçılık Suçu
Smuggling Crime by Issuing or Using Fake or Misleading Documents Provided in Article 359 of the Tax Procedure Law

ANTALYA 2023

- Çağrı Tuğsat KEMALOĞLU
Enflasyona Direnen Yaptırım: Türk Ceza Hukukunda Düzenlenen Adli Para Cezasının Reel Değerinin Azalması Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme
Inflation-Resisting Sanction: A Comparative Analysis on the Decrease in the Real Value of the Judicial Fine Regulated in the Turkish Criminal Law
- Muharrem Egemen GÜRSES
Ceza Yargılamasında Hükmün Tefhiminden Sonra Süre Tutum Dilekçesi Sunulması Uygulaması Bağlamında Anayasa Mahkemesinin 26.07.2023 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi
Evaluation of the Constitutional Court's Decision Dated 26.07.2023 in the Context of the Practice of Submitting a Timeline Petition After the Range of the Judgment in the Criminal Trial
- Dr. Hüseyin MECEK
Toplumsal Olaylarda Plastik Mermi Kullanımının Hukuki Analizi
A Legal Analysis of the Use of Rubber Bullets in Social Events

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

- Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN
Tereke Borcunun Bir Kısmını Ödedikten Sonra Mirasçının Hükmi Ret Karinesinden Yararlanıp Yararlanamayacağı Meselesi ve Konuya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.12.2013 Tarihli ve E. 2013/2-1607 K. 2013/1675 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi
The Issue of Whether the Heir Who Paid One of the Debts of the Deceased is Entitled to Benefit from the Presumption of Disclaimer and the Analysis of the Judgment of the Supreme Court General Assembly of Civil Chambers Dated 20.12.2013 and Numbered E. 2013/2-1607 K. 2013/1675
- Dr. Öğr. Üyesi Şerafettin EKİCİ
Metaverse ve Metaverse'te Sözleşmelerin Kurulması
The Metaverse and the Conclusion of Contracts in the Metaverse
- Arş. Gör. Dr. Damla Özden ÇELT
TMK m. 187'nin İptali Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri
The Possible Effects of the Annulment of Art. 187 of the Turkish Civil Code on the Surname of the Child and a Suggestion in the Context of the Law Should be in Place
- Arş. Gör. Rahman İRİ
Legis Actio'larda Dava Ehliyeti
License to Sue in Legis Actio's
- Arş. Gör. Mehmet Şükrü YILDIZ
Toplu İş İlişkileri Bakımından İşyerinin Sınırlarının Belirlenmesinin Önemli Yansımaları
Important Implications of the Determination of the Boundaries of the Workplace in Collective Labour Relations
- Brahim Hassan ALİ
Ohada ve Türk Ticaret Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Anonim Şirketlerde Azlık Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteme Hakkı
Minority Shareholders' Right to Request Special Audit in Joint Stock Companies in Comparison with Ohada and Turkish Commercial Law

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olarak yayımlanan,
Index to Foreign Legal Periodicals'ta ve 2013 yılından bu yana
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizini Hukuk Veritabanı'nda taranan hakemli bir dergidir.*

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Adına Sahibi

Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK

Sorumlu Müdür ve Editör

Doç. Dr. Ayşe ARAT

Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Melih İŞİK

Arş. Gör. Yakup ÇOKKAŞ

Arş. Gör. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ

Arş. Gör. Rahman İRİ

İletişim Adresi

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı PK. 10

Dumlupınar Bulvarı 07070 Kampus/ANTALYA

Tel: 0242 227 69 75-76

Faks: 0242 227 69 77

E-posta: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

Elektronik Ağ: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Sayfa & Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncısı

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Yayın Yeri | Yılı

ANKARA | Ocak 2024

ISSN

2147-3854

E-ISSN

2979-9325

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bütün sayılarına HeinOnline ve Jurix veri tabanları üzerinden ulaşılabilmektedir.

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law is a refereed journal, published biannually (June, December) and cited in the Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP) and since 2013 in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database.*

Publisher

Akdeniz University Faculty of Law

Representative of the Publisher

Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK

Managing Director and Editor in Chief

Assoc. Prof. Dr. Ayşe ARAT

Vice Editor

Res. Asst. Melih İŞİK

Res. Asst. Yakup ÇOKKAŞ

Res. Asst. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ

Res. Asst. Rahman İRİ

Contact Information

Deanery of Akdeniz University Faculty of Law
Dumlupınar Blvd. 07070 Campus / Antalya / Turkey

Phone: 0242 227 69 75-76

Fax: 0242 227 69 77

E-mail: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

Website: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Layout and Cover Design

Emre KIZMAZ

Publisher

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Publication Location | Date

ANKARA | January 2024

ISSN

2147-3854

E-ISSN

2979-9325

* All issues of the Journal of Akdeniz University Faculty of Law are accessible via HeinOnline and Jurix Databases.

YAYIN KURULU
(Publishing Board)

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Andreas EICKER

Luzern Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Universität Luzern, Rechtswissenschaftliche Fakultät)
Ceza, Ceza Muhakemesi ve Uluslararası
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Öğretim Üyesi
Luzern / İsviçre

Prof. Dr. iur. Ulrich M. GASSNER

Ausburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Universität Ausburg, Juristische Fakultät)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi
Ausburg / Almanya

Prof. Dr. Hayri KESER

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Nedim MERİÇ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Doç. Dr. Esra CENKÇİ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Doç. Dr. Loïc LEVOYER

Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi
Poitiers / Fransa

Doç. Dr. Karine MICHELET

Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi
Poitiers / Fransa

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Furkan KARARMAZ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRIJER

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

DANIŞMA KURULU

(Advisory Board)

Prof. Dr. Şahin AKINCI

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Enver BOZKURT

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

Prof. Dr. Arslan KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

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

Prof. Dr. Aziz TAŞDELEN

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Mali Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Antalya / Türkiye

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAG

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
Ankara / Türkiye

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
İstanbul / Türkiye

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olmak üzere 2011 yılından bu yana “Hakemli Dergi” statüsünde yayımlanan, 2013 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenen bir dergidir.
2. Dergiye gönderilecek yazılar özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Gönderilen makale hakkında öncelikle benzerlik raporu alınır ve yayın ilkelerine göre incelenir. Benzerlik oranı % 20'nin üzerinde olan çalışmalar hakkında yayın talebi sırf bu nedenle reddedilebilir. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının yayımlanması talebinin reddine karar verilir ve durumdan yazar en kısa sürede haberdar edilir.
5. Yazarlar, unvanları, görev yaptıkları kurumları, ORCID numarası, telefon numarası ve e-posta adresi içeren yazarlık katkısı dosyasını Dergipark'a yüklemelidir. Gönderilen çalışmalarda ilk olarak benzerlik raporu alınacak olup benzerlik oranı %20'nin üzerinde olan çalışmalar inceleme sürecine dahil edilmez. İlk sayımız (Haziran) için son tarih 15 Nisan, ikinci sayımız (Aralık) için son tarih 15 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilen çalışmalar, sonraki sayı için işleme alınır.
6. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yayımlanmak üzere gönderilen eserler, Chicago stili (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) ile uyumlu olmalıdır. Yazılar bilgisayarda, Times New Roman, ana metin 11 punto, dipnot 9 punto; yazı aralığı ana metin 1,5 aralık, dipnot 1 aralık şeklinde hazırlanıp Dergipark üzerinden gönderilmelidir.
7. Derginin yazı dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır. Makalelerde en az 250, en fazla 300 kelimedenden oluşan Türkçe veya ilgili dilde öz bölümlerine yer verilmeli ve en az 5, en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe veya ilgili dilde yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben tüm makaleler için ayrıca 600 ila 800 kelime arası İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dahil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekmekte olup asgari bir kelime sınırı yoktur.
8. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmelidir ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise; yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurumu ile unvanı, e-mail adresi ve ORCID ID bilgileri belirtilmelidir.

Örn.: Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, xyz@gmail.com, ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-5077-4747>.

9. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KOYU VE TÛMÛ BÛYÛK HARF

A. KOYU VE TÛMÛ BÛYÛK HARF

1. Koyu ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

a.1. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

“GİRİŞ” başlığı kullanıldığı takdirde numaralandırılmamalıdır.

10. Kısaltmalar cetveline ve içindekiler kısmına yer verilmemelidir.

11. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Kullanılan her bir kaynak bakımından ilk atıf, kaynağı tanıtıcı tam bilgiyi içermelidir.

a) Kitaba yapılan atıflarda;

i. Tek yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, kitabın *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2010), 178.

Sonraki atıf: Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 178.

ii. Çok yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Yazarın Adı Soyadı ve Diğer Yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda yazarların Soyadları, kitabın *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: Bahtiyar Akyılmaz; Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 222.

Sonraki atıf: Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 222.

iii. Editörlü kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Editörün Adı Soyadı, editör, *Eserin Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; sonraki atıflarda Editörün Soyadı, *Eserin Kısaltılmış Adı*, Sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: Richmond Lattimore, editör, *The Iliad of Homer* (Chicago: University of Chicago Press, 1951), 91–92.

Sonraki atıf: Lattimore, *Iliad*, 24.

b) Makaleye yapılan ilk atıflarda, yazarın Adı Soyadı, “Makalenin Başlığı”, *Yayımlandığı Derginin İsmi* Derginin Cilt Numarası, Sayı (Yıl Bilgileri): Atıf yapılan sayfa/lar gösterilmelidir. Yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmelidir. Aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, gerekliyse makalenin *Kısaltılmış Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örn.: İlk atıf: Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *AÜHFD* 58, S.3 (2009): 659-691.

- Sonraki atıf: Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, 660.
- c) İnternet sitesine yapılan atıflarda; “Hukuk Fakültesi Tarihçesi,” Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021, <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
- d) Yargı kararlarının ve davaların dipnotta gösterim şekli;
Y11.HD, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15
D10.D, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15
AYM Kararı, Başvuru No: 2021/12, 11.11.2021, §30
12. Makalenin sonunda, kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- a) **Kitaplar** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:
- Tek yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.
Örn.: Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
 - Birden çok yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.
Örn.: Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
 - Editörlü kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı, editor. *Eserin Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl
Örn.: Lattimore, Richmond, editör. *The Iliad of Homer*. Chicago: University of Chicago Press, 1951
- b) **Makaleler** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:
Yazarın Soyadı, Adı. “Makalenin Başlığı,” *Yayımlandığı Derginin İsmi Derginin Cilt, Sayı (Yıl Bilgileri)*: Makalenin ilk ve son sayfa numaraları.
- c) **İnternet sitesi**, kaynakçada şu şekilde gösterilmelidir:
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi. “Hukuk Fakültesi Tarihçesi.” Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021. <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
13. Dipnotta birden fazla esere atıf yapıldığı takdirde, bunlar birbirinden noktalı virgülle ayrılmalıdır.
14. 25 Şubat 2020 tarihli ULAKBİM kararıyla getirilen "Tüm bilim dalları için (Sosyal Bilimler dahil), etik kurul kararı gerektiren klinik ve deneysel insan ve hayvanlar üzerindeki çalışmalar için ayrı ETİK KURUL ONAYI alınmış olmalı, bu onay makalede belirtilmeli ve belgelendirilmelidir." şartı bakımından; yazar tarafından, bu şartı ilgilendiren çalışmalarında ilgili belgelerin temin edilmesi ve çalışmalarıyla beraber sisteme yüklenmek üzere dergiye gönderilmesi gerekmektedir. Bu şartı sağlamayan yayınlar dergiye kabul edilmeyecektir.

15. Dergide yayımlanması talebiyle editöre gönderilen eserler iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakem tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayımlanmaz.
16. Dergide yayımlanan yazılar karşılığında yazara telif ücreti ödenmez. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı ve/veya Dekanlığın yetkilendirdiği kişi ve/veya kurum, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur. Dekanlık bu konuda münhasır yetkilidir. Yazar, dergide yayımlanması talebiyle yazı göndermekle bu hususu kabul etmiş sayılır.
17. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların değerlendirilmesi Yayın Kurulu tarafından yapılır.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Taksirli Suçlarda Kişisel ve Ailevi Durum Çıkmazı

Dr. Öğr. Üyesi Çağrı KAN 687

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kolluk Faaliyetlerinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi

Dr. Öğr. Gör. Alkım AKTAŞ İNAM 727

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesinin Etkin Korunması Üzerine Bir Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Cansu KOÇ BAŞAR 751

Sağlık İçin Tehlikeli Madde Temini Suçu (TCK m. 194)

Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN 787

Hayvan Refahı: Din ve İnanç Özgürlüğüne Getirilen Yeni Bir Sınırlandırma Nedeni mi?

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep HAZAR 807

Osmanlı Hukukunda Seçimler

Öğr. Gör. Tuba AYKANAT - Dr. Öğr. Üyesi Salih KORKMAZ 847

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu Maddesinde Düzenlenen Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suretiyle Kaçakçılık Suçu

Tahsin TORUNOĞLU 877

Enflasyona Direnen Yaptırım: Türk Ceza Hukukunda Düzenlenen Adli Para Cezasının Reel Değerinin Azalması Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme

Çağrı Tuğsat KEMALOĞLU 913

Ceza Yargılamasında Hükmün Tefhiminden Sonra Süre Tutum Dilekçesi Sunulması Uygulaması Bağlamında Anayasa Mahkemesinin 26.07.2023 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi

Muharrem Egemen GÜRSES 935

Toplumsal Olaylarda Plastik Mermi Kullanımının Hukuki Analizi

Dr. Hüseyin MECEK 965

ÖZEL HUKUK

Tereke Borcunun Bir Kısmını Ödedikten Sonra Mirasçının Hükmi Ret Karinesinden Yararlanıp Yararlanamayacağı Meselesi ve Konuya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.12.2013 Tarihli ve E. 2013/2-1607 K. 2013/1675 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN.....	989
Metaverse ve Metaverse’te Sözleşmelerin Kurulması Dr. Öğr. Üyesi Şerafettin EKİCİ.....	1029
TMK m. 187’nin İptali Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri Arş. Gör. Dr. Damla Özden ÇELT.....	1065
Legis Actio’larda Dava Ehliyeti Arş. Gör. Rahman İRİ.....	1097
Toplu İş İlişkileri Bakımından İşyerinin Sınırlarının Belirlenmesinin Önemli Yansımaları Arş. Gör. Mehmet Şükrü YILDIZ.....	1129
Ohada ve Türk Ticaret Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Anonim Şirketlerde Azlık Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteme Hakkı Brahim Hassan ALİ.....	1179

CONTENTS

PUBLIC LAW

The Deadlock of Personal and Family Circumstances in Negligent Crimes

Asst. Prof. Dr. Çağrı KAN..... 687

The Principle of Proportionality in Supervision of Law Enforcement in the Light of the Decisions of the European Court of Human Rights

Dr. Lec. Alkım AKTAŞ İNAM..... 727

An Evaluation on the Prohibition of Discrimination in the Context of the European Convention on Human Rights and Effective Protection of the Equality Principle

Asst. Prof. Dr. Cansu KOÇ BAŞAR..... 751

Crime of Supply of Harmful Substances

Asst. Prof. Dr. Mahmut KAPLAN 787

Animal Welfare: Is it a New Legitimate Aim for Limitation on Freedom of Conscience and Religion?

Asst. Prof. Dr. Zeynep HAZAR 807

Elections in Ottoman Law

Lec. Tuba AYKANAT - Asst. Prof. Dr. Salih KORKMAZ..... 847

Smuggling Crime by Issuing or Using Fake or Misleading Documents Provided in Article 359 of the Tax Procedure Law

Tahsin TORUNOĞLU..... 877

Inflation-Resisting Sanction: A Comparative Analysis on the Decrease in the Real Value of the Judicial Fine Regulated in the Turkish Criminal Law

Çağrı Tuğşat KEMALOĞLU 913

Evaluation of the Constitutional Court's Decision Dated 26.07.2023 in the Context of the Practice of Submitting a Timeline Petition After the Range of the Judgment in the Criminal Trial

Muharrem Egemen GÜRSES 935

A Legal Analysis of the Use of Rubber Bullets in Social Events

Dr. Hüseyin MECEK..... 965

PRIVATE LAW

The Issue of Whether the Heir Who Paid One of the Debts of the Deceased is Entitled to Benefit from the Presumption of Disclaimer and the Analysis of the Judgment of the Supreme Court General Assembly of Civil Chambers Dated 20.12.2013 and Numbered E. 2013/2-1607 K. 2013/1675	
Assoc. Prof. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN	989
The Metaverse and the Conclusion of Contracts in the Metaverse	
Asst. Prof. Dr. Şerafettin EKİCİ	1029
The Possible Effects of the Annulment of Art. 187 of the Turkish Civil Code on the Surname of the Child and a Suggestion in the Context of the Law Should be in Place	
Res. Asst. Dr. Damla Özden ÇELT	1065
License to Sue in Legis Actio's	
Res. Asst. Rahman İRİ	1097
Important Implications of the Determination of the Boundaries of the Workplace in Collective Labour Relations	
Res. Asst. Mehmet Şükrü YILDIZ	1129
Minority Shareholders' Right to Request Special Audit in Joint Stock Companies in Comparison with Ohada and Turkish Commercial Law	
Brahim Hassan ALİ	1179

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

TAKSİRLİ SUÇLARDA KİŞİSEL VE AİLEVİ DURUM ÇIKMAZI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Çağrı KAN^(**)

Öz

Bu çalışmada, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin 6. fıkrası incelenmiştir. Düzenlemede taksirli bir failin sonucu, failin kişisel ve ailevi durumu bakımından ağır bir mağduriyete neden olmuşsa, bunun failin cezalandırılmaması veya cezanın indirilmesi için kullanılacağı belirtilmiştir. Taksirli bir hareket sonucunda failin suçtan bu derece zarar görmesi halinde ceza verilmez. Bilinçli taksir halinde ise ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilecektir. Düzenleme, basit taksirde şahsi cezasızlık sebebi, bilinçli taksirde ise bir indirim hali olarak nitelense de bu bağlamda ortaya çıkan hükmün hukuki niteliği başta olmak üzere, doktrin ve uygulamada birçok tartışmaya, mahkemelerde ise birçok çelişkili karara neden olmaktadır. Bu nedenle bu çalışma ile taksirli suçlarda getirilen cezanın kaldırılmasını veya cezanın indirilmesini gerektiren düzenlemenin hukuki niteliği ortaya konularak, sorun görülen noktalarda çözüm üretilmeye çalışılacaktır. Taksirli suçlardan birini işleyerek ailesine ve akrabalarına zarar veren fail bir suç işlemiştir ve bu nedenle cezalandırılması gerekir. Ancak aynı zamanda bu fail suçun kendisini etkileyen neticelerinden etkilenmiş ve mağduriyet yaşamaktadır. Çalışma ile madde çeşitli açılardan incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Taksir, Bilinçli Taksir, Fail, Kişisel ve Ailevi Durum, Cezanın İndirilmesi.

THE DEADLOCK OF PERSONAL AND FAMILY CIRCUMSTANCES IN NEGLIGENT CRIMES

Abstract

In this study, Turkish Penal Code Numbered 5237 paragraph 6 of article 22 is examined. It is stated in the regulation that if the result of a negligent act has caused a severe victimisation in terms of the personal and family situation of the offender, this will be used to avoid punishment or to reduce the punishment of the offender. A penalty shall not be imposed if, as the result of a negligent act, the offender becomes a victim to such a degree. In case of intentional negligence, the penalty may be reduced from half to one sixth. Although the regulation is characterised as a reason for personal impunity in negligent act and as a state of reduction in intentional negligence, it causes many discussions in the doctrine and practice, especially the legal nature of the provision arising in this context as well as many contradictory decisions in the courts. For this reason, with this study, the legal nature of the regulation requiring the abolition of the penalty or reduction of the penalty in negligent acts will be revealed and solutions will be tried to be produced at the problematic points. The offender who harms one's family and relatives by committing one of the negligence offences has committed an offence and therefore should be punished. However, this offender is affected by the consequences of the offence and suffers victimisation at the same time. The article will be analysed from various perspectives.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 13.09.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 29.08.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1174544.

Bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi'nde 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilen Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi'nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

(**) Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi / Denizli, Türkiye.

E-posta: cagrikan@pau.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4414-217X>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Keywords

Negligence, Intentional Negligence, Offender, Personal and Family Circumstances, Reduction of Punishment.

Extended Abstract

In this study, Turkish Penal Code Numbered 5237 paragraph 6 of article 22 is examined. It is stated in the regulation that if the result of a negligent act has caused a severe victimisation in terms of the personal and family situation of the offender, this will be used to avoid punishment or to reduce the punishment of the offender. A penalty shall not be imposed if, as the result of a negligent act, the offender becomes a victim to such a degree. In case of intentional negligence mentioned in the regulation, the penalty may be reduced from half to one sixth. Although the regulation is characterised as a reason for personal impunity in negligent act and as a state of reduction in intentional negligence, it causes many discussions in the doctrine and practice, especially the legal nature of the provision arising in this context as well as many contradictory decisions in the courts.

In the justification of the article, it is stated that the article is regulated to prevent the offender from further suffering. The conditions for the implementation of the regulation are not clear. In the regulation, the result has an effect on the offender in certain circumstances. The effect is that the penalty is not imposed and is reduced under certain conditions. The offender harms his/her own family and relatives by committing negligent offences. In this case, the offender is not punished or offender's punishment is reduced. This is named as unnecessary of the punishment in the personal and family situation of the offender. However, this can also be the case for intentional offences.

Making the regulation only for negligent acts also requires a determination to be made after the event. This requires assessing the offender's life, past, and post-incident situations. However, this is an evaluation to be made in terms of impact after the criminal path related to the neglect is closed. For this reason, it is necessary to set clear criteria, not discretionary criteria in terms of item. In the article, a determination was made based on the weight of the victimization experienced in the regulation depending upon simple negligence. In intentional negligence, this regulation is an evaluation based on the intensity of the neglect.

The judge is expected to make an assessment of the offender's circumstances in this case, which is not clear. The unnecessary of the penalty is sought under the article again. There are no relevant criteria in the article of 22 paragraph 6. Therefore, the judge will act subjective criteria. It can also be seen that the same content is evaluated differently in the decisions of the Court of Cassation. The judge has a wide discretion in the assessment.

The regulation in the article related to simple negligence is based on severity of victimisation. In contrast to intentional negligence, the intensity of the neglect has been taken as a basis. This situation has increased the controversy of regulation. Another issue in the article is that after crime path is closed and the result emerges, the result affects punishment as a reason. However, this is not detectable effect in simple negligence. Despite this, it was said that no penalty is given.

What should we understand by the family situation? Is it both personal and family situation or marriage? Which closeness degree is enough to utilize the article? In which situation the result of negligent crime can be considered serious enough? What will happen if there is a negligent crime co-occur the other negligent crime?

For this reason, with this study, the legal nature of the regulation requiring the abolition of the penalty or reduction of the penalty in negligent acts will be revealed and solutions will be tried to be produced at the problematic points. The article will be analysed from various perspectives.

GİRİŞ

Ceza hukukunda yer alan kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve bu ilkeyi tamamlayan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkelerinin önem arz ettiği bilinmektedir. “Cezanın, failin fiilinden dolayı kınanabilmesi durumunda uygulanabilmesini ifade eden kusur ilkesi, çağdaş ceza hukukunda ceza sorumluluğunun en önemli özelliğidir. Bu ilke, bir taraftan bir kimseye kusuru olmaksızın ceza verilemeyeceğini öngörürken, diğer taraftan faile kusurundan daha ağır bir cezanın verilmesini yasaklar¹.” Çağdaş ceza hukukunda, ilkel ceza hukuklarında görülen kişinin kusuruna bakılmaksızın salt netice dolayısı ile sorumlu olmasının yeri yoktur². Tersten düşünüldüğünde salt neticenin fail üzerindeki etkisinin yoğunluğuna bakılarak faile ceza verilmemesi de kusurun tespit edilmediğini ve kusur ilkesinin gerçekleşmediği anlamını düşündürmektedir.

Suçun biçimsel anlayışının bir sonucu olarak unsurlarına ayrılarak incelenmesi gerektiğini savunan tahlilci (analitik) metot ve suçun özüne ilişkin anlayışın bir sonucu olarak suçun unsurlarına ayrılamayacağı ve onun ancak bir bütün halinde inceleneceğini savunan görüş (sentetik) de bulunmaktadır³. Suçun unsurlarına ayrılarak incelenmesi konusunda doktrinde hem suçun kurucu unsurları, hem de kusurun suçun kurucu unsurları arasında yer almasına ilişkin olarak görüş birliği yoktur. Suçun unsurları üzerinde ilk kez Onaltıncı Yüzyıl İtalyan yazarları tarafından durulmuştur. Bunlardan Deciani’ye göre suçun; yasa, irade ve fiil, insan ve saik olmak üzere dört unsuru bulunmaktadır⁴. İkili görüş adı verilen ayrıma göre; suç kusurlu irade ile işlenen bir fiildir. Bu görüş suçu maddi ve manevi unsur olarak ayırmakta, kusuru ayrı bir unsur olarak ele alırken, hukuka aykırılığı suçun özü olarak tanımlamaktadır⁵. İtalyan Ekolünün duayenlerinden olan Antolisei, suçun unsurlarını maddi ve manevi unsur maddi fiil ve bir de kusurlu irade olarak adlandırmaktadır⁶. Bu görüşte manevi unsur kast veya taksir şeklinde ortaya çıkan kusurlu bir iradedir⁷. İtalyan Klasik Okulu kaynaklı suçu üç unsura ayırarak inceleyen görüşe göre ceza sorumluluğunun şahsiliği, kusurun tespiti üzerinden gerçekleştirilmekte bu sayede suç hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil olarak tanım-

¹ Kayıhan İçel, “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 0, S. 7 (2016), 622.

² İçel, “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, 622.

³ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınları, 2018), 123.

⁴ Uğur, Alacakaptan, *Suçun Unsurları* (Ankara: Sevinç Matbaası 1970), 5.

⁵ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 126 vd.

⁶ Francesco Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale*, Parte Generale, (Milano: Giuffrè Yayınları, 1997), 212.

⁷ Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: US-A Yayıncılık 2016), 163.

lanmaktadır⁸. İtalyan doktrininde Mantovani, Petrocelli, Maggiore ve Bettiol suçu bu şekilde üçe ayırmışlardır⁹. İtalyan doktrininde bu üç unsur fiil ve hareket, kusurluluk ve hukuka aykırılık olarak ifade edilmektedir¹⁰. Bu görüşe göre; kusurluluk ile manevi unsur, içerik olarak birbirini karşılayan kavramlar olarak kullanılmaktadır¹¹. Burada fiilden yalnızca maddi fiil, maddi fiilin hukuk düzeniyle çatışmasından fiilin objektif haksızlığı, kusurluluktan ise kast veya taksir şeklinde oluşan kınanabilir irade anlaşılmaktadır¹². Kusuru suçun unsuru kabul eden görüşler kast ve taksirin nerede ele alınacağına ilişkin olarak birbirlerinden ayrışsa da bu görüşlerden kast ve taksiri kusurun içinde ele alan görüş manevi unsurla kusurluluğu birbirini karşılayacak şekilde kullanılmaktadır¹³. Bu görüşe göre, isnat yeteneği failin kusurluluğunun dışında bir unsur, failin bir niteliğidir. Bu görüş, kusurluluğun psikolojik anlayışına dayanmaktadır. Isnat yeteneği olmayan bir kişi suç işleyebilir. Ancak, bu suç cezalandırılmaz. Çünkü hukuki kusurla ahlaki kusur farklıdır. TCK m. 4 uyarınca ceza kanunlarını bilmemek herkes için mazeret sayılmaz. Böylelikle hukuki kusur, norm bilinmese de vardır¹⁴. Kaldı ki CMK'nın 223. maddesinin 6. fıkrası güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için, sanığın yüklenen suçu işlediğinin sabit olmasını şart koşmakta olduğuna göre, güvenlik tedbirine hükmedebilmek için bir kusur değerlendirmesi yapıldığını da kabul etmek gerekecektir¹⁵.

Bunun yanında suçu tipiklik, maddi unsur, hukuka aykırılık ve kusurluluk olarak dört unsura ayıran görüş yanında, beş, altı ve sekiz unsura ayırarak inceleyen görüşler de bulunmaktadır¹⁶. “Bugünkü düşüncede suç ne tek başına beşeri fiil, ne hukuka aykırılık ne de kusurluluktur. Tek başına bunların toplamı da değildir. Her unsurun tabiatçı görünüm kadar, normatif bir görünümü de bulunmaktadır. Böylelikle suç hem beşeri bir davranış, hem hukuka aykırılığı hem de

⁸ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale* (Padova: CEDAM Yayınları, 2007), 101; Giuseppe Maggiore, *Diritto Penale*, Volume I, (Bologna: Zanichelli Yayınları, 1961), 203 vd.; Ferrando Mantovani, *Principi Di Diritto Penale* (Padova: CEDAM Yayınları 2007), 40; Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale*, 208, 209, Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 163.

⁹ Mantovani, *Diritto Penale*, 121 vd.; Biagio Petrocelli, *Principi di Diritto Penale*, V. 1 (Padova: CEDAM Yayınları, 1943), 280; Giuseppe Maggiore, *Diritto Penale Parte Generale*, V. 1 (Bologna: Zanichelli Yayınları, 1955), 223 vd.; Giuseppe Bettiol, *Diritto Penale Parte Generale* (Padova: CEDAM Yayınları, 1976), 240.

¹⁰ Biagio Petrocelli, *Pirincipi Di Diritto Penale* (Napoli, CEDAM Yayınları 1943) 280; Nurullah, Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, 1949), 23.

¹¹ Hakan Karakehya ve Asena Kamer, Usluadam, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, *CHKD*, C. 3, S. 2, (2015), 11.

¹² Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 163.

¹³ Karakehya ve Usluadam, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, 7.

¹⁴ Toroslu, *Genel Kısım*, 203, 204.

¹⁵ Toroslu, *Genel Kısım*, 205.

¹⁶ Nurullah, Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, 24.

kusurluluğu içeren bir yapıdır.” Kusurlu sorumluluk, failin kasıtlı veya taksirli olarak neden olduğu bir fiilin ona psikolojik olarak isnat edilerek failin kendi fiilinden sorumlu tutulmasıdır¹⁷. Biz üçlü ayrımı benimseyerek kusurluluktan kast ve taksir şeklindeki kınanabilir iradeyi anlamaktayız.

Suçtan söz edilebilmesi için tipikliğin gerçekleşmesi yeterli değildir. Bunun yanında failin hukuka aykırı fiili ile kusurlu iradesi arasında psişik bir bağın da kurulması gerekir¹⁸. Kast, bu anlamda kusurlu iradenin tipik biçimini ifade eder¹⁹. Kastın varlığı için kanunda iki unsur aranmaktadır. Bunlar; suçu oluşturan fiilin kanunda yer alan unsurlarının bilinmesi ve istenmesidir²⁰. Ancak “failin iradesi yalnızca davranışın değil, sonucun da gerçekleşmesine yönelmiş olmalıdır²¹.” Bu manada iradenin dış dünyaya yansıyan kısmının mı yoksa neticenin mi tasavvur edilmesinin benimsenmesi gerektiği sorunu Türk Ceza Kanunu’nun 21. madde düzenlemesiyle çözülmüş görünmektedir. İrade, neticenin gerçekleşmesine yönelik olmalıdır²².

Kusurun diğer bir türü olan taksirin Türk Ceza Kanunu’nun 22. maddesinin birinci fıkrasına göre cezalandırılabilmesi ancak kanunda açıkça gösterilmesine bağlıdır. Taksirin esası doktrinde tartışmalıdır. Geleneksel doktrine göre; öngörülebilirlikten, öngörülebilirliğin önlenilebilirlikle tamamlandığı teoriden, hataya, zararlı sonuçları önlemeye yönelik zorunlu davranış kurallarına uymamaya kadar, çeşitli teorilerle taksirin esası açıklanmaya çalışılmıştır²³. Birçok görüşe göre, taksirin esası failin dikkat ödevinin ihlalidir²⁴. Ancak bu düşünce tek başına taksirin tüm hallerini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bazen, dikkatli olunmasına rağmen failin yeterli donanımının bulunmaması nedeniyle, bir davranış kuralı ihlal edilmiş olabilir²⁵. Sanayi devrimiyle birlikte toplumsal hayatın karmaşık hale gelmesi, birlikte yaşamak için birtakım kurallara uymayı ve önlemleri almayı gerektirmektedir. Tedbirsiz, dikkatsiz ve özensiz davranan, önlem almayan fail, fiilinin doğurduğu neticeye katlanmak durumundadır. Failin, toplumsal hayatın karmaşıklığı neticesinde uyması gereken, istenmeyen neticeleri önlemeye yönelik birtakım zorunlu davranış kurallarına uymaması, tedbir alması gerektiği yerde tedbir almaması yönündeki ödevde aykırılık, taksirin esası olarak belirlenebilir²⁶.

¹⁷ Muharrem, Özen, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk* (Ankara: US-A Yayıncılık, 1998), 19.

¹⁸ Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale*, 339; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2015), 220-221.

¹⁹ Toroslu, *Genel Kısım*, 214.

²⁰ Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale*, 340.

²¹ Toroslu, *Genel Kısım*, 215.

²² Toroslu, *Genel Kısım*, 216.

²³ Toroslu, *Genel Kısım*, 229-232.

²⁴ Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale*, 366.

²⁵ Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 264.

²⁶ Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 264; Toroslu, *Genel Kısım*, 230 vd.

Taksirli davranışta faile yüklenen kusur kasttan farklı olarak kendisini “neden bir insanı öldürdün?” sorusunda değil, “insanların can güvenliklerini tehlikeye atmamak konusundaki özen yükümlülüğüne neden riayet etmedin?” sorusunda bulunmaktadır²⁷. Fail hakkında bu riayet etmeme nedeniyle bir “kınama hükmü” verilmektedir. Yani taksirli sorumlulukta, özen göstermek gerekirken özen göstermemek, öngörmek gerekirken öngörmemek nedeniyle faile bir kınama hükmü yöneltilmektedir. Bu kınama hükmü de cezalandırmanın esasını teşkil etmektedir²⁸. Bunun anlamı kasttan farklıdır. Çünkü; kasıtlı bir fiilde, kast doğal-psikolojik bir gerçekliğe karşılık gelirken, taksirli bir fiilde taksir ipotetik ve normatif bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır²⁹. Alman Ceza Hukuku öğretisinde taksir, objektif ve subjektif yönleri olan bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Bunlardan objektif özen yükümlülüğü, failin belirlenmiş belli sınırlar dahilinde hareket etmesiyken, subjektif özen yükümlülüğü, failin kişisel durumu itibarı ile bu davranışın kendisinden beklenebilirliği ile ifade edilmektedir. Buna göre; objektif özen yükümlülüğünün ihlali, tipiklik içerisinde yer alırken, subjektif özen yükümlülüğü kusur içerisinde değerlendirilmektedir³⁰. Bir görüşe göre TCK m. 22 düzenlemesi madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde objektif özen yükümlülüğünü ifade etmektedir³¹. TCK m. 22 f. 2’de taksirin esasını “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak” olarak belirlenmiştir. Bu noktada kanun koyucunun taksirin esasını hem ödeve aykırılıkta bulan düşünceye, hem de özen yükümlülüğüne aykırı davranmak olarak belirlediği tespit edilebilir. Ancak kanun koyucu bunları yeterli görmeyerek neticenin öngörülmeden gerçekleştirilmesini de aramıştır³². TCK m. 61 f. 1/b.f’deki düzenleme değerlendirildiğinde ise taksirin kusur ve haksızlığı içine alan birden çok parçanın birbiri ile ilişkili olduğu karmaşık bir yapıyı ifade ettiği belirtilmektedir³³. “Bugün için ceza hukuku doktrininin önemli bir kısmı taksir kavramını özen yükümlülüğünün ihlali üzerinden algılamakta ve bunu belirgin kılmak için çaba sarfetmektedir³⁴.” Taksirli bir fiilde, failin objektif bakımdan uyması gereken bir özen yükümlülüğü olmakla birlikte, kendi fiili açısından da uyması gereken bir subjektif özen yükümlülüğü de bulunmaktadır. Taksirli bir fiilde taksirin tespiti için failin fiili bakımından ölçü alınan ortalama zekaya sahip bir kişinin yapması beklenen davranışın karşılaştırılması tek başına yeterli değildir. Taksirli

²⁷ Bahar, Demirci, *Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk* (Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011), 72.

²⁸ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayınları, 2016), 375.

²⁹ Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 264; Mantovani, *Diritto Penale*, 321, 322.

³⁰ Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatikliği* (Ankara; Turhan Kitabevi, 2015), 40-41.

³¹ Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), 408; “TCK m. 455” Erişim Tarihi: Eylül 9, 2022 <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765-765-s-tck-m-455-teki-taksir-kaliplari-tedbirsizlik-dikkatsizlik-meslek-ve-sanatta-acemilik-nizammat-evamir-ve-talimata-riayetsizlik-olarak-yer-almaktadir>.

³² Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 266.

³³ Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatikliği*, 46.

³⁴ Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatikliği*, 40.

bir fiil değerlendirilirken, bunu, failin somut olaydaki fiili açısından ayrıca değerlendirme gereği ister istemez doğmaktadır. Bu, failin kişisel özellikleri, yetenekleri, eğitimi, sosyal yaşama biçimi anlamında somut fiil için yapılabilecekler açısından öznel bir belirlemedir. İsmi ister dikkat, özen, davranış kurallarına uyma, yahut ödev olarak belirlensin bir yükümlülük üzerinden hareket edildiğinde bahsedilen fiil değil, “failin fiili” olmalıdır. Bu noktada, faile yöneltilen kınama hükmü de “failin içinde bulunduğu koşulların ve failin niteliklerinin somut olay dahilinde göz önüne alınıp değerlendirilmesiyle varılacak değerlendirmeye dayalı bağıl bir sonuç; aynı zamanda normatif bir kusur biçimi olarak faile yüklenmektedir. Bu nedenle taksir, fiil olmadan somutlaştırılmaz. Bu bakımdan, fiili isteyen failin, konumu, mesleki durumu, yaşam deneyimi bakımından fiil üzerindeki sorumluluğu subjektif olarak somutlaştırılmalıdır. Yani burada fenomenolojik olarak özne -nesne ilişkileri bağlamında, özneyi nesnenin dış dünya ile kurduğu ilişkileri üzerinden belirleyen, olması gereken ile özne arasında kurulan kendisinden beklenebilirlik düzeyinde bir belirlemeye ihtiyaç vardır. Dolayısı ile bu belirleme, her somut olayda ve her fail açısından öznel asgari koşullar açısından yapılmalıdır. Belirleme kaza ve tesadüften ayırabilmek anlamında da nesnel olmak durumundadır. Fail, fiilin hiçbir şekilde önüne geçemeyecek, bu durum da hiçbir kimseden beklenemeyecek ise faile bir kınama yargısı da yöneltilmeyecektir. Taksir, bu noktada çok temel sorumlulukları; gereğini yapmama, eksik şekilde yapma ve kendi üzerine düşeni özen göstermeden yapmayı betimlemektedir. Basit taksirde, ortaya çıkan neticeyi öngörmeyen failin iradesi, neticeye yönelik değildir. Bilinçli taksirde ise fail, neticeyi öngörse bile istememektedir³⁵. Bu normatif nitelik bilinçli taksirde, fail tipe uygun neticeye neden olacağını öngördüğü için daha açık olarak görülebilmektedir³⁶.” Bilinçli taksirin, basit taksire göre barındırdığı, bu daha yoğun haksızlık içeriği cezanın yarından altıda birine kadar artırılması olarak yansımaktadır. Kusur tespit edilirken olay hakim tarafından verilen hüküm, faile fiili bakımından yöneltililecek bir kınama yargısının olup olmadığını saptayan ve faile atfedilebilecek bir değerlendirme hükmü olarak, fiil üzerinde kriterlerle subjektif olarak somutlaştırılmış bir değerlendirme olduğu için, buna ilişkin varılacak değer yargısı, ahlaki değil, hukukidir. İlk ve son kertede de hukuki olmak durumundadır³⁷. Bundan dolayıdır ki meydana gelen neticenin objektif olarak faile isnat edilebilmesi gerekir. Böylelikle taksirli bir fiilde netice alelade bir oluşum değil, fiilin karakter özelliklerini de yansıtan bir durumdur³⁸. Bu saptamada asıl mesele, bu tespitin sub-

³⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 373.

³⁶ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1992), 321.

³⁷ Çiftçioğlu, Cengiz Topel, “Türk Ceza Kanununda Taksir”, *ABD*, S. 3, (2013), 320.

³⁸ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 321; Ersoy, Uğur, “Hareketin ve Neticenin Haksızlığı Kavramları Işığında Taksirli Suçlarda Meydana Gelen Sonucun/Neticenin Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme”, *CHD*, C. 13, S. 36, (2018), 63: Bu noktada taksirli suçları taksirli zarar ve tehlike suçları olarak değerlendirmenin taksirli suçlardaki neticeyi hukuki ve bütüncül olarak değerlendirmede işlevsel bir bakış açısına sahip olduğu, taksirli zarar suçlarındaki neticenin hukuki niteliğinin suçun kurucu unsuru olduğu ve haksızlığı kurucu nitelik taşıdığı ifade edilmektedir. Taksirle meydana

jektif olarak faile yüklenebileceği anda bunun nasıl gerçekleştirileceği ve bu tespitten kaynaklanan sapmanın nasıl gerekçelendirileceğidir.

I. TCK M. 22 F. 6'DAKİ DÜZENLEMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Düzenleme, kanun metnine yansımadan önceki dönemde taksirli suçun netice bakımından fail üzerinde ağır etki doğurduğu bir mesele olarak farklı dönemlerde ve çeşitli tartışmalarla gündeme gelmiştir. Ancak teorik bir altyapısının olmaması nedeniyle, tamamen uygulamada geliştirilen birtakım yaklaşımlarla çözüm üretilmeye çalışılmıştır. Mülga TCK döneminde iken Yargıtay'ın taksirli fiili ile ailevi olarak ciddi bir yıkım yaşayan ve hatta bir kayba sebep olan fail için, bu tip bir ailevi yıkımın bulunduğu hallerde verilen cezanın paraya çevrilmemesini bozma nedeni yapmakta olduğu görülmektedir. Bu yöndeki birtakım uygulamalarında ailevi bakımdan ortaya çıkan mağduriyeti gidermek adına, daha adaletli olacağını düşündüğü ilginç bir yaklaşımı devreye sokarak, fiili kaza olarak nitelendirmekte, beraat hükmünü de buna dayandırmakta idi³⁹. Bununla ilgili bir kararında; Yargıtay, çocuğunu emzirirken uykuya dalan bir annenin, bebeğinin boğazına süt kaçması nedeniyle boğularak ölmesi durumunun, insan bünyesinden kaynaklanan bir durum olduğunu, böyle bir durumun kaza olarak nitelendirilmesinin daha uygun ve adil olacağını ifade etmiş, bu hususu gözetmeyen kararı ise salt bilirkişi raporuna dayanarak verilmesi dolayısıyla bu hususu gözetmemesi yönünden bozmuş idi⁴⁰. Bugün ise TCK m. 22 f. 6 anlamında benzer durumlarda en azından teknik olarak belirli bir uygulama zemini bulunmaktadır. Ancak konunun sağlıklı değerlendirilebilmesi için TCK m. 22 f. 6'da yer alan içeriğin taksirli bir fiilin değerlendirilmesi ile mi ilgili olduğu ya da bu koşullardan tamamı ile bağımsız bir nitelik ifade eden yeni bir yapının mı ortaya çıkarıldığını belirlemek gerekmektedir. Bu noktada, taksirin dogmatik esasının ne olduğuna ilişkin görüşler, her ne kadar birbirinden farklılık gösterse de bir fiilin taksirli olduğuna ilişkin belirleme; failin objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmesi üzerine dikkatsizlik,

gelen tehlike suçlarında ise meydana gelen sonucun hukuki niteliğinin objektif cezalandırma şartı olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Buna ilişkin olarak kanun koyucunun taksirli tehlike suçlarında salt özen yükümlülüğüne aykırı hareketi yeterli görmediği ve cezalandırma için objektif cezalandırma şartı şeklinde formüle edilen bir şartın gerçekleşmesini istediği ifade edilmektedir. Kanaatimizce, tehlike suçlarının yapısal özelliği dolayısı ile tehlike unsurunun yanında bir şart aranması tehlike suçunun somut veya soyut tehlike şeklinde düzenlenmesinde yer alan yapısal unsurla ilgilidir. Dolayısıyla somut tehlike şeklinde formüle edilen suçlarda, ayrıca bir netice aranması taksirle ilgili değildir. Mesele kasıtlı suçlarda var olan failin hareketi ile netice arasında var olan maddi ve psikik nedenselliğe hareketin tamamlanması için ihtiyaç duyulurken, taksirli suçlarda bu bağın netice ile ilgili değil, yalnızca hareket ile ilgili olmasıdır. Bu nedenle TCK m. 162'deki mahkeme tarafından iflase karar verilmiş olması bir cezalandırma şartıdır. Taksirin bir unsuru değildir.

³⁹ Aytekin Özanalı, "Failin Kişisel ve Ailevi Durumunun Taksirli Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi", *THD*, C. 4, S. 32, (2009), 60.

⁴⁰ Y.2.CD 20.03.2002, E: 2002/4395, K: 2001/28951, (Erişim Tarihi: 5 Mayıs, 2022), <https://khyk.kazancihukuk.com/>.

tedbirsizlik, meslekte acemilik, kurallara uymama gibi bazı kalıplar üzerinden yapılmaktadır⁴¹.

Aksi yönde görüşlere rağmen, günümüz modern dönemde taksirin esasının özen yükümlülüğünde toplanmasına ilişkin gerek Türk gerek Alman ve gerekse İtalyan öğretisinde büyük ölçüde bir görüş birlikteliğinin bulunduğu belirtilebilir. Ancak aynı durum taksirin esasının suçun yapısı içerisindeki konumu bakımından aynı şekilde ifade edilememektedir⁴². Bu noktada cevaplanması gereken soru özen yükümlülüğünün suç içerisindeki yapısının nerede konumlandığıdır. Welzel taksiri hem haksızlık hem de bir kusur şekli olarak çifte ölçüte göre belirlenen bağımsız, cezalandırılabilir yapıyı haiz bir davranış şekli olarak kabul etmiştir⁴³. Klasik Öğretiye göre ise tipikliğin her türlü subjektif değerlendirmeden uzaklaşarak yalnızca objektif unsurları ile değerlendirilmesini içerir. Hareketin objektif dışsal (nedensel) parçası ile subjektif psikolojik parçası arasında keskin bir ayırım yapılır. Neticeye yönelik isteme gerekli olmayıp, tek başına iradi hareketin gerçekleştirilmesi yeterlidir⁴⁴. Klasik suç öğretisinde netice, fiilin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁵. Bu anlayış nedensellik merkezli, haksızlığın bir hukuki değer ihlali olarak anlaşıldığı bir yapıya dayanmaktadır. Failin psikolojik durumu burada yalnızca dış dünyaya bir hukuki değer ihlali ve haksızlık olarak yansıdığı sürece anlam ifade etmektedir⁴⁶. Buna karşılık Neoklasik Suç Öğretisi'nde isnat edilen kusur neticeye değil, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne yöneliktir. Failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uyması bir hukuka uygunluk nedeni olarak gözükmektedir. Özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olup olmamasına göre objektif ve ihlal edilmiş ise bunun faille isnat edilmiş olup olmamasına göre subjektif iki yönü bulunmaktadır⁴⁷. Finalist öğretilerde failin fiiline değer atfedilmektedir. Taksirli suçların dogmatik yapısı her zaman klasik ve finalist suç öğretisi arasındaki tartışmaların merkezi olmuştur. Taksirli fiillerde potansiyel amacın, netice ile bağı olan bir amaç doğrultusunda kaçınılabilir, önüne geçilebilir ve yöneltiler bir netice var ise taksirin varlığının kabul edileceğini savunan Finalist Öğreti normatif değerlendirme yönünden eksik olduğu için taksiri açıklayamamaktadır⁴⁸.

⁴¹ Ahmet Gökçen, "Taksirle Ölüme Sebepiyet Verme", *BÜHFD*, C. 4, S. 7 (2018), 29.

⁴² Muhammet Demirel, *Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 98.

⁴³ Demirel, *Çifte Özen Anlayışı*, 99.

⁴⁴ Demirel, *Çifte Özen Anlayışı*, 100.

⁴⁵ Melik, Kartal, "Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi", *CHD*, C. 15, S. 44, (2020), 44.

⁴⁶ Kartal, "Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi", 915 vd.

⁴⁷ Kartal, "Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi", 917.

⁴⁸ Kartal, "Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi", 919-922.

Taksirli bir suçun dogmatikliğinden ziyade maddedeki tercih edilen yapının var olan yapının bir yansıması mı olduğu yoksa yeni bir yapı mı ortaya koyduğu noktası belirlenmeye açık bir problemdir. Finalist öğreti normatif eksikliği dolayısı ile taksiri açıklayamamaktadır. Kusurun tahdidi açısından maddenin klasik suç öğretisine göre açıklanabileceği kabul edilse de TCK m. 22 f. 6 farklı bir yapı ortaya koymaktadır. Burada fiil neticenin bir unsuru değil, netice fiilin kişisel ve ailevi bağ bakımından subjektif bir unsurudur. Ancak bu sadece belirlemeye yaramakta kusur taksimi bakımından madde içerisinde yeni bir belirleme öğretisinin benimsenmediği izlenimi ağır basmaktadır. Şu hali ile madde yapısal anlamda psikolojik kusur teorisinden esinlenen ancak eksik belirleme içeren bir görünüm arz etmektedir. Burada “taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde TCK m. 61 f. 1 ve TCK m. 22 f. 4’te yer alan ölçütlerden olan failin kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer dikkate alınarak TCK m. 3 f. 1 uyarınca işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı olacak şekilde cezanın alt ve üst sınırları belirlenir.” ilkesi göz ardı edilmektedir. Salt meydana gelen neticenin ağırlığının belli akrabalık bağları ile ilişkilendirildiği ve dahi cezanın gereksizliğinin boyutunu hakim taksirin dogmatik esasını değerlendirmeye gerek duymaksızın yapacağı tespiti bağladığı yeni ama bir o kadar da irrasyonel bir yapı ortaya çıkmıştır. Zira taksirli suçlarda temel cezanın belirlenmesinde failin kusurunun değerlendirilmesi zorunludur. “Buna ilişkin olarak taksire dayalı kusurun ağır olduğu durumlarda alt sınırdan uzaklaşarak, hafif olduğu durumlarda alt sınırdan veya alt sınıra yaklaşarak temel ceza tayin edilecektir. Yargıtay’a göre buradan TCK m. 61 f. 1’deki ölçütler ve TCK m. 3 kapsamında “orantılılık” ilkesi gözetilerek kül halinde değerlendirilerek haklı ve ölçülü ceza tayin edileceği belirtilmektedir⁴⁹.”

Bu fiilde, objektif olarak belirlenmesi gereken, failin kişiliğinden bağımsız olarak dikkat ve özen yükümlülüğünün ortaya çıktığı koşullar ile geçerli ortak tecrübelerin bilimsel bilgiler ışığında normalde tartışılması gerekirken, ayrıksı olarak anılan maddede tartışılmamakta⁵⁰, meydana gelen ve belli özellikte olan netice, doğrudan failin kusurunu kaldırmak için uygulanmaktadır. Esasen taksirli bir fiilde neticenin faile objektif ve subjektif olarak isnat edilerek, failin taksirinin değerlendirilmesi üzerine var olan bu mevcut yapı, TCK m. 22 f. 6 bakımından bulunmamaktadır. TCK m. 22 f. 6’da taksir belirlenmesinin dışında, meydana gelen neticenin belirli şartlarda ortaya çıkmasına bağlı olarak, cezaya etki eden bir yapı bulunmaktadır. Bu durumda, neticenin koşulları tartışılmadan, aslen taksir belirlenmiş olmamakta, faile salt netice üzerinden cezasızlık ya da cezada indirim ile karşılaşan ikili bir taksirli netice kalıbı sunulmaktadır. Öyle ki; bu yapıda bilinçli taksir halinde yapılan değerlendirme cezayı alışık olunanın aksine arttırmakta, indirmektedir. Hal böyle olunca TCK m. 22 f. 6 bakımından somut olayı

⁴⁹ Handan, Yokuş Sevik, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi 2020), 245, 246.

⁵⁰ Gökçen, “Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme”, 29.

değerlendiren hakim tarafından, taksirli bir fiilde yapılacak olan, fiilin niteliği yönündeki değerlendirme yapılamamaktadır. Ancak değerlendirmenin yapılamaması, teknik olarak failin somut olayda göstereceği ex-ante özeni (dikkatli ve tedbirli bir kişinin somut olay bazında göstereceği özeni) ortadan kaldırmamaktadır. O halde TCK m. 22 f. 6'daki yapı bakımından bizleri tutarlı bir noktaya taşıyacak olan, bu yapının, taksirin dogmatik temelleri ile mi ilgili olduğu, yoksa bir tercih mi olduğu sorusunun cevaplanmasıdır. TCK açısından objektif özen yükümlülüğünün ihlali tipiklik bakımından ele alınırken, özen yükümlülüğünün subjektif boyutu kusur içinde ele alınarak incelenmelidir⁵¹. Nitekim 22. maddenin 4. fıkrasında taksirli bir fiilde cezanın failin kusuruna göre belirleneceği belirtilmekte iken, 22. maddenin 6. fıkrasında doğrudan netice üzerinden bir belirlemeye gidilmektedir. Netice itibarı ile bu yapının taksirin dogmatik temellerine atfı yapmaktan çok tamamen bir tercih olduğu anlaşılmaktadır.

Bu noktada Klasik Suç Teorisi'nin taksirin esasına yöneltilen, salt nedensellik esaslı dış dünyada meydana gelmiş değişiklik üzerinden hareket etmesi nedeniyle haksızlığın temellendirilmesi noktasında sıkıntı yaşanmaktadır⁵². Bu da en azından madde açısından taksirin varlığını tespit edebilmek için gerekli olan objektif özen yükümlülüğünün subjektif açıdan ele alınmadığı sonucuna bizi taşımaktadır.

Peki burada ne yapılmaktadır? Burada, belirli şartlar aranarak henüz belirlenmiş bir şey olmadan, netice üzerinden bir hükme varılmakta faile bu şartlarda ceza verilmezlik belirlenmesi yapılmaktadır. Failin somut olay nedeniyle ortaya çıkan acısına ortak olunmakta ve makul bir sebep üretilmeye çalışılmakta olunmasına rağmen bu sebep, bizleri teknik yönden ikna edememektedir. Üstelik, teknik temelini oluşturmadığı bu cezasızlık üzerinden bilinçli taksire farklı bir uygulama getirilmektedir. Adalet Komisyonu raporunda ilkesel anlamda hümanizm ilkesi ile hareket edildiği belirtilen bu düzenlemede, bu iyi niyet failin aynı olayda aynı taksirle hareket edip, ailevi-kişisel nitelemesi bulunmayan mağdurlar üzerinde uygulandığında, subjektif sorumluluğun temelini sarsacak bir nitelik de oluşturmaktadır. Gerçekten aynı taksirin neden farklı cezai sonuçlara yol açmış olduğunun madde düzenlemesi açısından ikna edici bir cevabı yoktur⁵³.

II. DÜZENLEMENİN UYGULANMA ŞARTLARI

A. TAKSİRLİ BİR SUÇ İŞLENMESİ

Taksirli bir fiil açısından taksire verilen anlam, TCK m. 22'deki taksir tanımında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık şeklinde ifade edilen, failin psikolojik durumu ile hareketi arasındaki ilişki biçimi üzerinden kurulmakta olan bir

⁵¹ Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatikliği*, 46.

⁵² Demirel, *Çifte Özen Anlayışı*, 106.

⁵³ Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatikliği*, 25.

nitelemedir. Fiili öngörülebilir bir neticeyi öngörmeyerek işleyen faile, aslında onda bulunması gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne uymama hasredilmektedir. Yani, taksirli bir fiilde sorumluluk, fiilin koşullarını yerine getirmemek üzerinden belirlenmektedir. Bilinçli taksirde, failin öngördüğü netice istenmemekte ancak fail kendinde mevcut bazı yetilere güvenerek ya da neticenin o şekilde ortaya çıkmayacağını düşünerek belirli düzeyde bir risk almaktadır. Alınan bu risk, basit taksire göre, farklı cezalandırılmaktadır⁵⁴.

TCK m. 22 f. 6'da taksirli bir hareket sonucu neden olunan netice, teknik anlamda fiilin taksirle işlenmesine dair yapılan bir belirlemeyi içermektedir. Bu anlamda, "taksirin haksızlığın bir unsuru olarak yer alması, aslında taksirin tekamülü ile daimi bir ilişki içindedir. Burada devletin haksızlığa karşı tepkisi, taksir şarta bağlanarak tespit edilmektedir. Esasen bu tespit ile neticeye değil, failin taksir derecesine ilişkin bir değerlendirmede bulunmaktadır⁵⁵." Maddede taksirli hareket sonucu neden olunan netice ile bir taksir belirlemesi yapılmıştır. Bu gerçekten TCK m. 22 ile uyum içinde bir belirleme midir? Maddedeki taksir belirlemesi, TCK m. 22 f. 2 deki tanımla bağlantılı olarak, failin davranışa yönelik istemesinin ortaya çıkardığı, istenmeyen neticedeki sorumluluğudur. Ancak, bunu tespit edebilmek için, failin fiil bakımından uymak durumunda olduğu bir kural, yerine getirmek durumunda olduğu bir yükümlülük ve görev söz konusu olmalıdır. Çünkü her somut olay nesnel olarak değerlendirildikten sonra bu durum, somut olayın öznel koşullarına göre belirlenmektedir⁵⁶. Bu, toplum halinde birlikte yaşamının bir gereği, birey olmanın getirdiği bir sorumluluktur. Hiç kimsenin ne olursa olsun ben dilediğimi yaparım, özen ve dikkat göstermem diyerek davranma özgürlüğü yoktur. Netice, failin fiili ile nedensellik bağı içerisinde olmalı ve faile objektif olarak isnat edilebilmelidir. Burada bağımsız bir netice unsuru üzerinden verilen bir ödül söz konusudur.

TCK m. 22 f. 6'da yer alan "taksir" belirlemesini değerlendirebilmek için düzenlemeye "taksirin" 22. madde bağlamındaki genel görünümü üzerinden bakmak yerinde olacaktır. Kanun koyucu, yapısal manada dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak nitelediği taksir ile kast arasındaki temel farklılığı, isteme unsuru üzerinden belirleyerek, neticenin öngörülmesini bilinçli taksirin esaslı unsuru olarak ayırmaktadır. Taksirli suçlarda ise kasttan farklı olarak, tipik fiilin gerçekleştiğinin bilinmemesine ilişkin bir kabul söz konusudur. Bu kabul etrafında, 22. maddede bilinçli taksir için bir cezai arttırım gündeme gelmektedir. Bu değer farklılığını yaratan, kanun koyucunun neticenin öngörülmesi üzerinden

⁵⁴ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan vd., *Türk Ceza Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2012), 483: 765 TCK m. 455'te failin cezası kusur derecesine göre sekizde birine kadar indirilmekte idi. Bu şekilde kusurun 8 üzerinden matematiksel tespiti eleştirilmekteydi.

⁵⁵ Richard, Honig, Çev. Abadan, Yavuz, "Taksir ve Ceza", *İÜHFMC* C. 4, S. 14 (1938), 209.

⁵⁶ Hasan Tahsin, Keçelgil, *Türk Ceza Hukukunda Taksirin Esasları* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016), 72.

belirlediği söz konusu yapıda, kusurun ağırlığı anlamında bir değerlendirme ölçeceği kurgulaması ve bunu da daha fazla ceza tertibi ile karşılaşmasıdır. Düzenlemeye göre; taksirli fiilin hangi derecede meydana geldiği, madde açısından önemlidir. Hal böyle iken, kanun koyucu öngörmeyi bir tarafa bırakıp, bunu hiç gündeme almadan meydana çıkan sonuç üzerinden bu defa ceza indirimi düzenlemektedir. Buna göre; basit taksirde hakime, takdir hakkı tanımayarak, şartlar ortaya çıktı ise ondan ceza vermeme tespiti yapması istenmektedir. Bilinçli taksir halinde ise ceza vermemek bakımından tanımadığı takdir hakkını bu defa cezayı indirebilmek bakımından tanımış görünmektedir. Bu bir çelişkidir. Hakim, maddeye göre cezanın ne kadar indirileceğini, yarıdan altıda bir arasındaki belirleme aralığı üzerinden tespit edecektir. Bu durum her ne kadar iyi niyetle ve hümanist amaçlarla hareket edilerek değerlendirilmiş ise de amacın tek başına bu şekilde olması, teknik altyapının tutarsızlıklarını açıklamaya yeterli değildir. Çünkü, taksirli bir fiilde katıldığımız klasik öğretiyeye göre, netice burada fiilin bir unsurudur⁵⁷. Failin netice bakımından bir iradesi bulunmayıp, harekete yönelik bir istemesi vardır. Bilme ise bize esasen tipik fiilin gerçekleştiğinin bilinmediğine ilişkin bir veri ortaya koymaktadır⁵⁸. Buradan hareketle, TCK m. 22 f. 6 hükmünde görülen problem, taksire ilişkin tüm bu unsurların dışarıda bırakılarak meydana gelen neticeye bir sonuç bağlanmış olmasıdır. Bu yaklaşım ile yapıcı hareket edilmek ve daha fazla mağduriyetin önüne geçilmek istense de bu durum taksirin tespiti ile ilgili prensiplere aykırıdır. Kusurun tespiti bakımından, maddeye göre hakim bir değerlendirmede bulunacağı açıktır. Bu değerlendirme yapılırken, cezai neticenin buna bağlı olarak ortaya çıkması gerekir. Halbuki burada, yalnızca failin özel durumuna özgü ve nesnel koşulları olmayan bir cezasızlık kategorisi yaratılmaktadır. Böyle olunca kusur esasen değerlendirilememektedir. Öyle ki; burada faille fiil arasındaki kınama ilişkisi kalkmamakta, yalnızca bu kınamaya bağlanan netice, kınama ilişkisi değerlendirilmeden ortadan kalkmaktadır. Failin, münhasıran kişisel ve ailevi durumu itibarı ile zararlı neticenin meydana gelmesinde uygulanan bu norm, aynı taksirli fiille ortaya çıkan bir başka kişi üzerindeki neticede uygulanamayacaktır⁵⁹.

Bir başka problem, taksir için TCK m. 22 f. 6'da neticenin meydana gelmesinin, failin belirli bir durumu için aranması ancak normda failin fiilini işlerken ortaya çıkan iradesi ve psikolojik durumunun tespitine yönelik parametreler bulunmamasıdır. Böyle olunca, ortaya çıkan netice bakımından failin kişisel ve ailevi durumuna özel olarak ceza verilmeme sonucu bağlanmaktadır. Netice üzerinden yapılan bu belirleme, failin kusurunun tespitini ve yoğunluğunu içermediği için bu değerlendirmede, failin hareketi devre dışı bırakılmakta ve salt

⁵⁷ Kartal, "Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi", 44.

⁵⁸ Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatikliği*, 27.

⁵⁹ Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatikliği*, 26.

neticenin belirli bir şekilde meydana gelmesi aranmaktadır. Böylelikle taksirli bir fiilde taksir, teknik olarak belirlenememektedir. Birden fazla taksirli fiilin birlikte ortaya çıkması durumunda; örneğin “failin taksirli davranışına üçüncü bir kişinin taksirli davranışının eklenerek neticenin gerçekleştiği hallerde, taksirli suçlara iştirak söz konusu olmayacağından neticeye katkıda bulunan her bir fail kendi kusurundan sorumlu olacaktır. Faillerin sorumlulukları da TCK m. 22 f. 5 uyarınca dikkat ve özen yükümlülükleri, matematiksel olarak ortaya konulmadan ve taksim edilmeden ayrı ayrı belirlenecektir⁶⁰.” Ancak TCK m. 22 f. 6 bakımından gerek failin taksirli hareketinin, üçüncü kişinin taksirli hareketiyle birleşmesi, gerekse mağdurun taksirli hareketinin failin hareketine eklenerek normda öngörülen neticenin fail aleyhine gerçekleşmesi durumunda sorumluluk, maddeden yola çıkılarak yine fail lehine belirlenebilmektedir. Burada ortaya çıkabilecek bir başka problem, faille birlikte birden fazla kişinin taksirli hareketinin birleşerek işlenen suçlarda görülebilir. Her ne kadar, bu konuda ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibiyle birlikte, TCK m. 22 f. 5 hükmü bulunsa da bu mekanizmanın işleyebilmesi için aynı kusur değerlendirme sisteminin TCK m. 22 f. 6’da da olması gerekir. Birden çok taksirin belirlenmesi meselesi ortaya çıktığında, ortaya çıkan netice üzerinden daha fazla mağdur etmeme bakış açısıyla hareket edilen düzenlemede, böylelikle kişisel ve ailevi durumu bakımından tek failin taksiri ödüllendirilecektir.

B. MÜNHASIRAN FAİLİN KİŞİSEL VE AİLEVİ DURUMU BAKIMINDAN YAŞANAN MAĞDURİYET

1. Münhasıran İfadesinin Değerlendirilmesi

Münhasıran kelimesinin sözlük anlamına bakıldığında; “yalnız”, “özellikle”, “yalnızca” anlamlarını taşıdığı görülmektedir⁶¹. Buna göre; “münhasır”; bir kimse ya da bir şey için ayrılmış, mahsus anlamları ile birlikte sınırlı, sınırlandırılmış anlamlarını da içermektedir⁶². Bununla birlikte, kelimeyi tam olarak değerlendirebilmek için yer aldığı metnin bağlamı içinde ele almak gerekir. TCK m. 22 f. 6 metninde, neticenin münhasıran fiilden dolayı kişisel ve ailevi durumu kapsar şekilde bir mağduriyetle meydana gelmesi; münhasıran ifadesiyle de neticenin yalnızca belirli bir şekilde ortaya çıkması aranmaktadır⁶³.

⁶⁰ Gökçen, “Taksirle Ölümüne Sebep Verme”, 42.

⁶¹ “Münhasıran”, Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: Mayıs 1, 2022, <http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html>; Ejder, Yılmaz Hukuk Sözlüğü, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), 872.

⁶² *Türkçe Sözlük*, Dil Derneği, 2. Baskı, Ankara 2005, 1392.

⁶³ Y9.CD. 30.2.2008, E: 2008/18994, K: 2008/14593 kararında münhasıran kelimesini geniş olarak kullanmıştır: “münhasıran kelimesi sanığın kişisel ve ailevi durumu” ile ilişkilendirilmiştir. Bu itibarla, taksirle sebepiyet verilen neticenin sadece, sanığın bizzat kendisinin veya eşi, anne-babası, çocukları, kardeşleri gibi yakınlarının yahut benzer ilişki oluşturabilecek düzeyde insani bağ ve yakınlığı olan ve aile kavramına dahil edilmesi mümkün bulunan kişilerin, örneğin; bakıp büyüttüğü, birlikte yaşadığı kişilerin mağduriyetine yol açması gerekir.” “Münhasıran”, Erişim Tarihi: Ma-

Taksirle işlenen bir suçtan dolayı faile verilecek cezanın failin kusuruna göre belirlenmesi esası TCK m. 22 f. 4 hükmünde getirilmiştir. Bu esasın mülga TCK'daki ifadedeki kast ve taksirin yoğunluğu ile aynı şey olmadığı, kast ve taksirin birer kusurluluk şekli olduğu yönündeki ifadenin birer yansıması olduğu ifade edilmektedir⁶⁴. Klasik Okul taraftarları ise burada kast ve taksirin yoğunluğu ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olacağını bildirmişlerdir⁶⁵. Yargıtay ise Klasik Suç Teorisi'nin etkisi ile taksiri bir kusur türü olarak kabul etmektedir⁶⁶. Yaptırım hukukunda failin kusuru ile orantılı olarak verilen ceza belirlendikten sonra, failin ıslahı ve topluma yeniden kazandırılması için infaz kurumunda geçirmesi gereken sürenin hükmün tesisinde faile göre şekillenmesi cezanın bireyselleştirilmesi olarak kabul edilmektedir. Bu yöndeki bir görüşe göre, failin fiil sonrası hareketleri kusurunu azaltmakta ve indirim yapılmaktadır⁶⁷. Kanımızca, cezanın failin kusuru ile orantılı olarak verilmesi kastın ve taksirin yoğunluğunun son kertede tespit edilmesidir. Bunu destekler nitelikte, “ayrıca taksirli suçlarla ilgili olarak uygulamada sanığın hafif de olsa kusurunun belirlenmesi durumunda cezanın verilmesi hatta taksirin ağırlığına göre alt sınırdan uzaklaşılarak ceza verilmesinin uygulamada yerleşmiş durumda olması⁶⁸” verilebilir. Kusurun ağırlığının cezanın belirlenmesine etken olduğuna delalet eden bir başka hüküm, TCK m. 61 f. 1f'de yer alan failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı kullanımıdır. Taksirli sorumluluk, kusurluluğun normatif anlayışıyla meşruiyet kazanmış; buna göre kusur, süjenin ortaya koyması gerekenden farklı bir iradeyi davranışıyla dış dünyaya yansıtması olarak anlaşılmıştır⁶⁹. Taksir, faile atfedilebilecek objektif tedbir kurallarına uyulmaması ise, öncelikle objektif kusur ölçüsünün bu derecesi tespit edilmelidir⁷⁰. Taksir,

yıs 31, 2023, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>; Y12.CD. 18.07.2011 T, E: 2011/785 K: 2011/399 kararında ise münhasıran etkisi ailevi durum ilişkisine sirayet ettirilmemiştir. 5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanabilmesi için taksirli hareket sonucu neden olunan neticenin, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık hakkında bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması gerekmekte olup, sanığın viraja hızlı girmesi nedeniyle direksiyon hakimiyetini kaybetmesi neticesinde gerçekleşen taksirli hareketi sonunda eşi ve kayınvalidesinin yanında köylüsü ve uzaktan akrabası olan H.Y.'in da öldüğünün anlaşılması karşısında anılan maddede öngörülen koşulların oluşmaması nedeniyle uygulanamayacağı, yerel mahkeme ilamında gösterilen gerekçelerin cezanın tayin ve bireyselleştirilmesine ilişkin hükümlerin uygulanması aşamasında nazara alınması suretiyle sanığın hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerekir. “Münhasıran” Erişim Tarihi: Mayıs 31, 2023, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari> (E. T. 31.05.2023).

⁶⁴ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 732.

⁶⁵ Erdal Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi* (Ankara: Adalet Yayınları 2013), 62.

⁶⁶ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, “Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Ceza Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler” *AD*, C. 1, S. 64, (2020), 242.

⁶⁷ Ercan Yaşar, *Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 63.

⁶⁸ Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi*, 62.

⁶⁹ Mantovani, *Diritto Penale*, (2008), 359, 360.

⁷⁰ Mantovani, *Diritto Penale*, (2007), 345.

yargının büyük ölçüde duygusal sezgiler tarafından koşullandırılması gerçeğine rağmen, ontolojik olarak derecelendirilebilir⁷¹. TCK m. 22 f. 6'daki yapı yukarıda tartışıldığı üzere, taksirli bir fiil tespiti yapmaktadır. Bu tespitin ötesinde taksirin değerlendirilmesine olanak tanımamaktadır. Burada varsayımsal bir süreç var ve kısaltılmıştır da denilebilir. Başka bir ifade ile kanun koyucu kişi hakkında kusur değerlendirmesi yapıp, bir ceza tespit edip, sonra bu cezanın verilmesine (bu cezaya hükmedilmesine) yer olmadığı sonucunu istediği ancak bunu varsayımsal olarak kısalttığı da söylenebilir. Öyle ki münhasıran ifadesinin daraltıcı yorumu nedeniyle, bir neticenin belli bir şekilde meydana gelmesi üzerine ceza verilmeyeceği düzenlenmektedir. Öğretide burada üçüncü bir taksir türü yaratıldığı, taksirli suçta ceza verilmezliğin ne hukuka uygunluk ne kusurluluğu kaldıran nedenler ne de cezalandırılabilme şartı olduğunun belli olmadığı, dolayısı ile bu düzenlemenin kuramsal temelden yoksun olması nedeniyle çok ciddi tartışmalara yol açtığı da ifade edilmektedir⁷².

“Taksirin, hafiften ağıra doğru bir derecelendirilmeye tabi tutulamamasının bir başka sonucu da aynı olayda fiilin etkilerini hem failin yakınları, hem de üçüncü kişiler üzerinde gerçekleştirdiğinde örneğin bir trafik kazasında otomobilde failin çocuğunun yanında komşunun çocuğu da varsa ve o suçtan da zarar görmüşse taksirden dolayı sorumluluğunun ne şekilde biçimlendirileceğinin tartışılacak bir konu olmasıdır. Böyle bir durumda fiil suç olarak varlığını sürdürdüğünden, fail, kendisi ile kişisel ve ailevi yakınlığı olmayan kimselere verdiği zarardan sorumlu olacak ve taksirli fiilinden cezalandırılacaktır⁷³.” Aynı taksirli fiille meydana gelen netice, faille yakınlığı ve ailevi ilişkisi olmayan kişiler üzerinde de gerçekleştiğinde, münhasıran olma durumu ortadan kalkacağından fail tüm suçlardan sorumlu olacaktır (TCK m. 85 f. 1-2, TCK m. 89 f. 4) Bu kişilerin yakınları açısından adalet gerçekleşmektedir. Bunun dışındaki kişiler üzerinde gerçekleştiğinde ise adalet açısından sorgulanması gereken bir durum ortaya çıkmaktadır.

Birden fazla kişinin taksirli fiiliyle meydana gelen netice bakımından, kişilerin sıfatlarından dolayı neticeden sorumlu tutulup tutulmayacakları, ceza sorumluluğunun şahsiliği bakımından önem taşımaktadır. Örneğin, bir binanın yapımında inşaat mühendisi, mimar, yapı denetim uzmanı ve müteahhitin her birinin sorumlulukları bulunmaktadır. Sorumlulukların eşit derecede olduğu bir durumda, taksirli fiil nedeni ile bina depremde yıkıldığında ve yalnızca aynı bina da oturan müteahhitin kızı öldüğünde, aynı taksirli fiilden dolayı taksirin tespiti

⁷¹ Mantovani, *Diritto Penale*, 344; Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi*, 63: “Yargıtay bununla ilgili kararında taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde failin kusuru ile ölü ve yaralı sayısı ile yaralanma sonucunun birlikte değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.”

⁷² Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, (2018), 278.

⁷³ Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, (2018), 278.

yapılmadığından müteahhit ceza almayacak ama diğerleri ceza alacaktır⁷⁴. Bu durumda TCK m. 22 f. 4 bakımından olaya karışan kişilerin fiilleri ayrı ayrı değerlendirilecek iken, TCK m. 22 f. 6 bakımından münhasıran ifadesinin daraltıcı yorumu nedeniyle, bu tespit yapılamayacaktır. Bununla ilgili bir diğer olayda; kiracı olarak taşındığı evde yalnızca 15 gün soba yakan kişi, taksirle yangına sebep olmak suçundan 3 ay hapis cezası almıştır. Yangının nedeni üçüncü kişinin bir başka fiili olan, bacadan düşen kurumun bacanın plastik kapağını tıkaması ve eritmesidir. Bu kişinin kendi eşyaları da yanmış ve bilfiil yangından zarar görmüş olmasına rağmen, somut olayda, yangın nedeniyle başkasının malvarlığına da zarar verildiğinden maddenin uygulanamayacağı kabul edilmiştir. Kiracı açısından üzerinde durulması gereken mesele, evi yanan kiracının yangının binaya sirayeti halinde zaten cezalandırılacak olmasıdır. Ancak korunan hukuki değer, bir başkasının mal varlığı ise ve ev sahibinin zararı da giderilmiş ise sanık yine cezalandırılmalı mıdır?⁷⁵ sorusunun da üzerinde düşünülmesi gerekmektedir. Kişi eşyalarını yenilemek durumunda kalmış, evdeki zararı ödemiş ve üzerine taksirli fiili nedeniyle ceza almıştır. Madde gerekçesinde başkaca bir netice dediği için, bu neticenin mutlaka suç teşkil etmesi gerekmediği gibi, o neticeden doğan zararın tazmini de önemli addedilmemiştir. TCK m. 22 f. 6 hükmü burada münhasıran ibaresine rağmen, kendisine doğrudan yönelen bu mağduriyete de bir çözüm üretmemektedir. Neticede bacanın hiç temizlenmemesinde ev sahibinin ve varsa diğer kiracının da taksirli sorumluluğu bulunmaktadır. Yine bir diğer olayda “yangının sanığın kendi evi dışında komşusu olan sanığın kardeşinin evi ve samanlığına sirayet etmesi durumunda TCK m. 22 f. 6 uygulanmamış, TCK m. 171 f. 1/a’nın uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁷⁶.” Bu örnek olay açısından her iki netice de kişisel ve ailevi durum kapsamına girmekle birlikte, buna fail açısından münhasıran belirlemesinin gerçekleşmemesine yönelik teknik bir açıklama bulabilmek güçtür. Yargıtayın konuyla ilgili bir diğer kararında, failin oğlunun ölümü nedeniyle kişisel ve ailevi durumu bakımından ağır düzeyde etkilenip zarar gördüğünde ve mağdur olduğunda bir tereddüt görülmediği belirtilirken, aralarında ailevi bağı bulunmayan bir başka kişinin ölümünün aynı somut olay dahilinde gerçekleşmesi karşısında, taksire dayalı kusurunun bulunduğu tespiti yapılmakla birlikte, bundan ayrı olarak münhasıran kelimesine farklı bir anlam yüklendiği görülmektedir. Buna göre; Yargıtay sanık ile ailevi ilişkisi bulunma-

⁷⁴ Buna ilişkin bir Yargıtay kararında taksirli sorumluluk olayla ilgili her bir failin ne düzeyde sorumlu oldukları noktasında belirlenmeyip her bir fail bakımından da bilinçli taksir uygulanarak belirlenmiş, neticede kişisel ve ailevi durumu bulunan sanık bakımından TCK m. 22 f. 6 uygulanırken, diğer sanık bakımından madde uygulanmayıp bilinçli taksir uygulanmakla yetinilmiştir. YCGK, 25.06.2020, E: 2018/135 K: 2020/317, Erişim Tarihi: Temmuz 21, 2022, “TCK m. 22 f. 6” <https://khyk.kazancihukuk.com/>.

⁷⁵ Özanalı, “Failin Kişisel ve Ailevi Durumunun Taksirli Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi”, 63.

⁷⁶ Y. 9 CD T: 18.04.2007, E: 2006/9230 K: 2007/3423, “TCK m. 22 f. 6”, Erişim Tarihi: Temmuz 21, 2022, <https://www.kazancihukuk.com/ana-sayfa-1.aspx>.

yan bir başka kişinin ölümü nedeniyle başkalarının da zarar görmesi karşısında, ilk tespitine zıt olarak taksirli hareketi sonucu münhasıran kendisinin kişisel ve ailevi durumunun etkilenmediği tespitini yapmaktadır. Böylelikle maddede yer alan “münhasıran” sözcüğüne hakkaniyeti ortadan kaldıran bir tespit görevi de yüklendiği görülmektedir. Buna göre; sanığın fiili ve taksirli fiilden kaynaklanan neticenin, faille ailevi yakınlığı olan ve olmayan kişilerin ölümlerine göre iki ayrı taksirle ölüme neden olma şeklinde bölünemeyeceği gözetilmiş ve *münhasıran kelimesi* sanığın kişisel ve ailevi bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olduğundan söz edilemeyeceği yönünde değerlendirilerek hakkında Yargıtay’a göre TCK m. 22 f. 6’daki “şahsi cezasızlık sebebi” uygulanmamıştır⁷⁷. Öğretide, bu durumun, yalnızca faille sınırlı olarak uygulanmasını düşünenler olduğu gibi, bu hükmün olay hakimine bırakılması ve baştan daraltılmaması gerektiği düşüncesinde olanlar da vardır. Somut olayda, hakim, olayı ve sonuçlarını göz önünde bulundurarak maddeyi uygulayıp uygulamayacağına karar vermelidir⁷⁸. Neticede hakim her koşulda bir değerlendirme yapmak zorundadır. Madde, amaca göre yorumlanarak, failin gördüğü zararın boyutu değerlendirilmelidir. Ancak, burada salt münhasıran ifadesi doğrudan ve dolaylı zarar daraltması yapamayacak kadar muğlak bir ifade olup, hakim in fiili durumu değerlendirmesinin tek başına önüne geçmektedir. Kuşkusuz bu, somut olay adaleti açısından hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçların önünü açmaktadır. Ceza hukukunda norm bir değeri korur. Suç ile ihlal edilen değer, normun koruması kapsamındadır. Örneğin aralarında husumet bulunan, fakat uzun yıllardır fiili olarak ayrı yaşayan eşler, yahut kardeşlerin ilişki biçimlerinin değerlendirilmesi hakime bırakılmadan tam olarak normda amaçlanan değer korunması mümkün değildir. Bir diğer kararında Yargıtay⁷⁹ sanık olan polis memuru, bir başka polis memuru ile aynı araçta yol almakta iken, yolun ıslak olması sebebiyle karşı yönden gelen bir otobüsle çarpışmış ve sanığın kendisi hayati tehlike geçirecek derecede yaralanmıştır. Hatta, izleyen duruşmalarda, ifadesi işaretle dahi güçlkle alınabilmiştir. Olayda, beraberindeki polis memuru hayatını kaybetmişken, münhasıran ifadesi farklı yorumlanarak meslektaş polis memuru lehine TCK m. 22 f. 6 uygulanmıştır. Diğer netice/ diğer polisin ölümü münhasıran faili değil, polisin ailesini de etkilediğinden uygulanmamalıdır. Gerekçe olarak

⁷⁷ YCGK. T: 13.11.2018, E: 2017/436 K: 2018/527, Erişim Tarihi: Temmuz 21, 2022, <https://www.kazancihukuk.com/ana-sayfa-1.aspx>.

⁷⁸ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 253.

⁷⁹ Y12.CD. T: 29.09.2011 E: 2011/1881 K: 2011/2020, Erişim Tarihi: Temmuz 24, 2022, <https://www.kazancihukuk.com/ana-sayfa-1.aspx>: “Adalet Komisyonunca hazırlanan TCK’nın genel gerekçesinde ...madde başlığı ve gerekçesi, madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu husus, madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük bir önem taşımaktadır” ve aynı Kanunun 22. madde gerekçesinde 6. fıkrı bakımından ‘başka bir netice de meydana gelmişse bu fıkrı hükmü uygulanmayacaktır.’ açıklamaları bulunsa bile; gerekçeler, kanun hükmünde olmayıp, ilgili hükmün anlam ve kapsamının belirlenmesinde bir yorum aracıdır.”

da gerekçelerin kanun hükmüne dahil olmayıp, ilgili hükmün anlam ve kapsamının belirlenmesinde bir yorum aracı olduğu şeklinde değerlendirilmiştir. Bu tümce gerekçenin yorum aracı olması açısından tek başına doğruluk değeri taşısa da bu tümcenin somut olaydaki uygulama açısından TCK m. 22 f. 6 ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Münhasıran ifadesinin katı yorumunun ise ayrıca aynı kazada kişinin kendisinin de yaralanması durumunda çözümlü tıkadığını da belirtmek gerekmektedir.

2. Failin Kişisel ve Ailevi Durumu Bakımından İfadesinin Değerlendirilmesi

Bu ifadeyi değerlendirebilmek için kişisel durum ve ailevi durum için madde metninde ne kastedildiği ve nasıl bir etkinin mağduriyet bakımından ağır kabul edilebileceği ortaya konulmalıdır. TCK m. 22 f. 6 metninde taksirli suçun faili ile mağduru arasında kişisel ve ailevi durum, belirleyici bir unsur olarak kullanılmakla birlikte, bu kullanım teknik ve terimsel bir nitelime olmadığı için bundan ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Bu nedenle içeriğinin ne olduğunun aydınlatılması gerekmektedir. Zira madde metninin kimlere karşı uygulanacağı, faille mağdur arasındaki söz konusu bu yakınlığın tespitine bağlıdır. Bu yakınlık iki şekilde anlaşılabilir; Bunun için ya hukuki açıdan bir akrabalık tespit edilecek ve bu tespitin aynı zamanda kişisel durum üzerinde bir etki göstermesi araştırılacaktır, yahut da manevi anlamdaki yakınlık durumu değerlendirilecektir. Bunun bizi öncelikle “aile” kullanımının tespitine götürebileceği ve doktrinde daraltıcı yorumla sadece usul, füru ve evliliğin anlaşılabilirliği ifade edilmekle⁸⁰ birlikte, bu yorum ile aile kavramı yalnızca medeni hukuk içinde “aile hukuku” açısından değerlendirilmektedir.

Öncelikle, burada hısımlık ilişkisinin hangi dereceye kadar arandığı belirli değildir. Çünkü, buradaki esas mesele failin meydana gelen neticeye olan yakınlığı nedeni ile acının ağırlığından etkilenme düzeyidir. Bu nedenle, bu açıdan yapılacak dar bir yorumlamanın madde ile ulaşılmak istenen amacı etkisiz hale getireceğini belirtmek gerekir. Yargıtayın son yıllarda verdiği kararlarında fail ile mağdur arasında bulunan 1. ve 2. derece kan hısımlığı ve 1. derecede kayın hısımlığı ilişkisinin hükmün uygulanmasına esas kabul edildiği belirtilmektedir. Bu uygulamanın içine de failin anne, baba, annecanne, babacanne, dede, evlat, torun, kayınbaba ve kaynanasına karşı taksirle yaralama ve öldürme suçlarında uygulanacağı ifade edilmektedir⁸¹. Ancak bu açıklamalar da başka soruların ortaya çıkmasına engel değildir. Örneğin kayın hısımlığı noktasında bu içeriğe neden yalnızca 1. derecede kayın hısımlarının dahil edildiğinin teknik bir cevabı yoktur. Bunun kaçınıcı derecede durması gerektiği de belirlilik açısından sorunludur. Bu durumda, failin 1. derece kayın hısımları ile küs olduğu ancak 2. derece

⁸⁰ Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, (2016), 279.

⁸¹ Onur Yiğit, *Yargıtay Kararları Işığında Taksirli Suçlar*, (Ankara: Legal Yayınları, 2014), 71.

kayın hısımları ile aile bağlarının güçlü olarak kurulduğu bir olasılıkta uygulanmanın neden olmadığına bir açıklaması da yoktur. Madde metninde, akrabalık ilişkisinin derecesine dair herhangi bir atıfta bulunulmadığı gibi, metinde akraba tabiri dahi geçmezken, Yargıtayın bu şekildeki bir yorumu bilhassa belirlilik ilkesi açısından, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. “Bu nedenle aralarında uzak akrabalık ilişkisi bulunan veya akrabalık ilişkisi bulunmayan fail ve mağdurlar yönünden TCK m. 22 f. 6’nın uygulanmayacağı şeklinde bir kanaate varmak yanlış olacaktır⁸².” Yahut, manevi bağı bulunan herhangi bir ilişki biçiminde süt annesi, manevi evladı, çok yakın olduğu arkadaşı, sevgilisi, nişanlısı, uzun ve evlilik bağı olmadan gerçekleşen fiili birliktelik durumlarında da uygulanamayacaktır⁸³. Bir başka örnek, şekli olarak aile bağı olan ama fiili olarak bu bağı koptuğu kimselerin durumudur. Birbirini hiç görmeyen, aramayan aile üyelerinden biri uzun yıllar sonra taksirli bir fiille ölüm ya da yaralamaya sebep olursa bunu ailevi durum saymak ikna edici olmamaktadır. Bununla birlikte, “mevcut uygulamanın izin vermediği kuzen ilişkisinde, kuzeniyle aynı çatı altında kardeş gibi büyüyen kişiye yönelik bir taksirli fiilde, failin mağdur olduğu kabul edilebilir. Bunun gibi kardeşinin ölümünden sonra, yeğenine öz çocuğu gibi bakan kişinin durumu da buna uygundur⁸⁴. Yine dikkat çekmek istediğimiz bir başka nokta, kişisel ve ailevi durumun birlikte bulunmasının hâkimi bir tespit yapmanın ötesine geçirmeyeceğidir. Normda kullanılan ve bağlacı hâkimin somut olay adaletini gözetmesini engellemektedir. Asıl belirlenmesi gereken, failin olay nedeniyle yaşadığı elem ve ızdırabın derecesinin yoğunluğudur. Failin bu nedenle daha fazla mağdur olmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle, bunun somut olaydaki etkileri aranmalı ve net olarak ortaya konulmalıdır. Ancak bunu inceleyip gerekçelendirecek olan mahkeme, burada hükmün belirsizliği nedeniyle sınırlarının ölçülemeyeceği bir takdir yetkisi kullanmaktadır. Bu meyanda zihne birçok soru gelmektedir. Failin çocukluktan gelen çok yakın bir arkadaşının ölümüne sebep olması kişisel bir durum içinde mi ele alınmalıdır? Yine, fiili birlikteliklerde, esas almamız gereken kriterin resmi nikah olması gerekmesi karşısında da madde asıl işlevini yerine getirmemiş olacaktır. İster dini inanişaya dayanan bir nikah olsun, isterse fiili nitelikte bir birliktelik olsun failin bir aile düzeni içerisinde, aynı ev içerisinde çocuklarıyla birlikte uzun yıllar yaşamasının aile olmadığını söylemek, burada hukuki değer anlamında korunan medeni nikah olmadığı için belli soruları da beraberinde getirmektedir. Yani burada örneğin BK m. 47 bağlamında ölenin ailesine verilecek manevi zarar ödemesine düşen olan bir aile tanımı yoktur. Medeni hukuk anlamında aile teknik bir tanımdır. Evliliğin genel hükümlerinden başlayarak evlilik birliğinin temsili, yönetimi, katılımı, konut seçiminden ebeveynlik ve ayrılık durumlarına kadar

⁸² Yiğit, *Yargıtay Kararları Işığında Taksirli Suçlar*, 72.

⁸³ Keçelioğlu, 26.

⁸⁴ Yiğit, 74.

Türk Medeni Kanunu'nun "Aile Hukuku" adını taşıyan ikinci kitabının birinci kısmında evlilik hukuku düzenlenmiştir. (TMK m. 118-281). TMK m. 282 ve devamında soybağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. TCK m. 22 f. 6 bağlamında kullanılan tabir, soybağı değil, aile değil, "ailevi durum" tabiridir. Burada, medeni hukuk anlamında aile tanımının dışında, normda korunmak istenen değer anlamında, en azından "ailenin geleneksel anlamının ötesinde dinamik bir içeriği olduğu, bu içeriğin kültür, gelenek, din gibi nedenlerle karmaşık bir hal alabildiği ve küresel olarak yeni anlamlarının bulunduğunu da kabul etmek gerekir"⁸⁵. Kanımızca burada aile değil, ailevi durum denildiği için; ailenin daha dinamik olan sosyal işlevi, ilişkisel, duygusal işlevi dolayısıyla kurulan bağlar ve bu bağın fail üzerindeki etkisi ele alınmaktadır. Çünkü fail bu bağ dolayısı ile neticeden büyük acı çekmektedir. Böylelikle durum tabiri ile birlikte değerlendirildiğinde böyle bir bağ, duygusal yakınlık anlamında kurulmamış ise fail üzerinde etkinin bulunmadığının tespiti daha kolay olacaktır. AİHS m. 8 f. 1 bağlamında aile hayatına saygı da böyle bir tanımlı içermektedir. Bu devletlerin ulusal hukuklarında tanımlı statünün dışında bir anlayışa işaret etmektedir. Hangi tip ilişkilerin aile yaşamına dahil olduğu noktasında, birtakım bağlardan hareket eden mahkeme sosyal, biyolojik, duygusal bağları değerlendirmede dikkate almaktadır. Resmi olarak aile hayatının tanınmadığı durumlarda, "fiili bağlar" dikkate alınmaktadır. Bu noktada, aile hayatının varlığının hukuki-yasal bağ zorunlu olarak tanımlanmamakta, böyle bir bağ varsa da "aile" içerisinde değerlendirilmesine yardımcı olmaktadır. Resmi evlilikler doğal olarak aile hayatı içerisinde değerlendirilse de aile hayatı bundan ibaret değildir⁸⁶. Bu bağlamda, TCK m. 22 f. 6 bakımından biraz uzak olduğunu düşündüğümüz mahkemenin müstakbel ve niyetlenilmiş bir aile hayatını henüz arada ilişki olmasa da aile kavramı içerisinde ele almasıdır. Öyleyse, burada baktığımız yerle ilgili olarak yaptığımız tespitin bulunduğumuz yerde hangi amaca hizmet etmek istediğimizle bir ilgisi vardır. Yine, akrabalık bağının kaçınıcı dereceye kadar kabul edileceği belirsizdir. Failin resmi olarak tanımadığı ancak kan bağı bulunan çocuğu, uzun süreli fiili birliktelikler ve bu birlikteliklerden olan çocuklar ile aynı evin içinde birlikte yaşıyorsa madde metninde nikah gibi bir tabir kullanılmadığı için bunun lehe değerlendirilebileceğini düşünüyoruz⁸⁷. Bununla birlikte, olgusal anlamda katıldığımız "kişisel ve

⁸⁵ Süleyman Mortaş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 6, 7.

⁸⁶ Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Hayatına Saygı Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8* (Ankara: Avrupa Konseyi Program Ofisi, 2019), 97, 98. "Evlilik ilişkisinin bulunmamasının hükmün uygulanmaması bakımından maddenin konuluş amacına aykırı olduğuna ilişkin", Y.12.CD T: 12.11.2014, E: 2013/29499 K: 2014/22641, "Taksirle öldürme", Erişim Tarihi: Haziran 22, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

⁸⁷ Bu konuda Koca-Üzülmez de yaralama fiilleri bakımından dini nikahla evlenen eşler ve nikahsız birlikte yaşayanlar hakkında yaralamanın eş, boşandığı eş hükmüne rağmen uygulanmadığını bunun da adaletsiz sonuçlara yol açtığını belirtmektedir, Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınları, 2022), 269, 270.

ailevi durum” teriminin bilinen kapsamı ve sınırları belli bir kullanım olmadığı, bu kavramın kapsamı içinde nelerin olduğunun belirsiz olduğu bu durumda kapsam dışı olarak tabir edilen fiili evlilikler ve birliktelikler, akrabalık, arkadaşlık gibi durumların yerinin belirsiz olduğu ifadesidir⁸⁸. İfade tespit edilmesi gereken statik bir gerçeklik değil, dinamik olarak değerlendirme gerektiren bir duruma işaret etmektedir. Münhasıran ifadesi ailevi durum ve kişisel durumla birlikte kullanılarak ve bağlacıyla bağlandığı için birlikte değerlendirmek gerekmektedir.

C. MEYDANA GELEN NETİCENİN KİŞİSEL VE AİLEVİ DURUM ÜZERİNDE CEZANIN VERİLMESİNİ ORTADAN KALDIRACAK DERECEDE ETKİLİ OLMASI

Hükümün getiriliş amacı, esasen taksirli fiilin failinin aynı zamanda olumsuz etkilenmesine yönelik insani yükün oluşturacağı bir boşluğu doldurmaktır. Madde gerekçesinde, özellikle kırsal bölgelerde failin meydana gelen netice nedeniyle kendisinin veya ailesinin ağır mağduriyetlere uğradıkları ifade edilmektedir⁸⁹. Örneğin, tarlada çalışan kadının bebeğini hamağa bırakırken dikkat etmemesi ve bebeğin hamaktan inmeye çalışırken düşüp ölmesi ya da bahçeye gittiği sırada köpekler tarafından parçalanarak öldürülmesi gibi durumlarda fail taksirli fiili nedeniyle ağır biçimde etkilenmektedir. Trafik kazalarında da durum aynıdır. Aslında amaçlanan, özellikle kırsal bölgelerdeki insani sınırları zorlayan güç hayat şartlarının yol açtığı bir neticenin faildeki ızdırabının daha da büyümesini önlemek, bir şekilde taksirli fiili ile failin kendi aleyhine ortaya çıkan derin mağduriyetin, birtakım haklılık unsurları gözetilerek daha fazla etkilenilmesinin önüne geçmektir. Dönmezer tasarısında vurgulandığı gibi maksat insancılık ilkesi gözetilerek bir düzenleme yapmaktır⁹⁰. Bu bağlamda, belirlenmesi gereken, ortaya çıkan acının ağırlığının değerlendirilmesi noktasında kullanılacak nitelemelerin hangi durumlarla ilişkilendirileceğidir. Etkilenme, maddi ya da manevi olarak ortaya çıkabilir. Hangi derin acının cezayı gereksiz kılacak derecede etki gösterdiği somut olayın şartlarına göre belirlenecektir⁹¹. Bu yönde, “failin taksirli hareketinin yalnızca akrabalık ilişkisi bakımından göz önünde bulundurulmayacağı, bunun yanı sıra meydana gelen neticenin kişisel ve ailevi durum bakımından failin mağduriyetine sebep olması gerektiği de belirtilmektedir⁹².” Madde açısından değerlendirmenin tutarlı yapılabilmesi, kişisel ve ailevi durum üzerindeki nasıl bir etki ortaya çıktığı yönündeki kapsamın belirli olmasını gerektirmektedir. Düzenlemede bu yönde bir belirlilik yoktur. Yargı kararları açısından da yerleşik bir içtihat oluşmamıştır. Normun belirsizliği, beraberinde kötüye kullanıma açık

⁸⁸ Hafızoğulları-Özen, 279.

⁸⁹ “Gerekçe”, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://www.tckmadde.com/22-2/>.

⁹⁰ Keçelioğlu, 26.

⁹¹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 499.

⁹² Özanlı, “Failin Kişisel ve Ailevi Durumunun Taksirli Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi”, 57 vd.

olmasını da getirmektedir. Örneğin, eşinden kurtulmayı düşünen kötü niyetli yahut husumetli diğer eş ya da yüklüce mirasa konmayı isteyen kendi lehine hüküm tesis etmek isteyen aile bireyleri bakımından hükmün kapısı açıktır⁹³. Hükümde kullanılan ve bağlacı her iki durumun da birlikte aranması gerektiğine, yalnızca ailevi ya da kişisel durumun bulunmasının hükmün uygulanması için yeterli olmadığına işaret etmekle birlikte, bu durum, cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede bir etkilenmeye yol açmalıdır. Ancak, Yargıtay kararlarına bakıldığında ailevi durum bakımından farklı uygulamalar göze çarpmaktadır. Bu yönde verilen kararlarda, mağdur ile kayınpeder olan sanık arasındaki akrabalık ilişkisi araştırılmış, üvey evlat bakımından maddenin uygulanacağına, teyze bakımından ise uygulanmayacağına karar verilmiştir⁹⁴. Esasen hükmün uygulanabilmesi için kişinin örneğin salt eşi olması yeterli değildir. Failin aralarında husumet bulunan eşinin ölümüne sebebiyet vermesi halinde ortaya çıkan sonuçtan fail elem değil, mutluluk hissetmiş olabilir. Hakkaniyetle düşünüldüğünde failin hükümden yararlandırılmaması gerekmektedir⁹⁵. Ancak etkilenmenin (mağduriyetin) nesnel koşulları madde içeriğinde oluşturulmadığı için madde buna ilişkin etkiyi tespit edecek bir mekanizmadan yoksundur. Ne derece bir etkilenmenin bu etkiye yol açtığı, somut olaya göre ve hakimin takdiri ile belirlenecektir. Bu, bir kriter olmaktan öte hakime tanınan bir takdir yetkisidir. Ancak başta belirttiğimiz değerlendirme kriterleri, salt netice tespiti ile belirlenemeyeceğinden, bunun TCK m. 61'deki belirleme biçiminden farklı olduğunu belirtebiliriz. Bir diğer problem, hakimin takdirinin söz konusu edildiği bu durumda, yüklem uygulayıcıya başka bir seçenek tanımayan kesin bir yargı olarak yer almasıdır. Düzenlemede kriterini koymadığı bir durum için “ceza verilmez” denilmesi hakimin, “takdire değerlendirme” bakımından bir imkansızlıkta “ceza değerlendirmesi” yapmasıdır. Bu halde “mevcut düzenleme ile ceza verilmeme zorunluluğu öngörülmektedir.” Kusur tespiti bakımından “objektif niteliğe sahip olan özen yükümlülüğüdür. Subjektif olan öngörülebilirliktir⁹⁷.” Hakim ceza konusundaki belirlemeyi yapabilmelidir. Fiilin bilinçli taksirle işlendiği durumda da neticeye yönelik öngörmesi olan fail için, failin özellikleri dikkate alınmadan, subjektif bir ölçü tesis edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, aynı etki derecesi ortaya çıkmasına rağmen, aynı netice bir indirim sebebine dönüşmektedir. Bu durumu temel yapının taksirli fiilin ortaya çıkması üzerine kurgulandığı bir mekanizmada anlamak mümkündür. Ancak maddedeki mekanizma belli bir neticenin ortaya çıkmasına dayanmakta ve hatta bir cezanın verilmesini gereksiz kılacak olan kriterin tespitine yönelik bir objektiflikten yoksun bulunmaktadır. Kanundaki şartlar

⁹³ Özbeke, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 500.

⁹⁴ Aktaran; Hakeri, *Genel Hükümler*, 254, dp. 6.

⁹⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 284.

⁹⁶ Özbeke, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Genel Hükümler*, 485.

⁹⁷ Özbeke, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Genel Hükümler*, 486.

gerçekleşmiş olsa bile somut olayın şartları dahilinde madde uygulanmayabilir. Ancak bu da maddeden çıkan anlamla değil, hakimın takdir yetkisi ile oluşan bir neticedir. Hal böyle iken, bu takdiri madde bazında tanımlamak daha sağlıklı olacaktır. Bu yönde bir örnek olayda sanık motosikletin gazına fazlaca basmış ve bu sırada alkollü olan kardeşi motordan düşüp ölmüştür. Sanık kardeşini olay yerinde bırakarak önce kahveye, ardından da evine gitmiştir. Yargıtay, maddede öngörülen koşulların gözetilmemesi nedeniyle hükmü bozmuştur. Ancak bu bozma tamamen Yargıtay'ın oluşturduğu kriterlerle sağlanmaktadır⁹⁸. Yine, kişisel ve ailevi durum bakımından yakınlık bulunmayan bir netice ortaya çıktığında bu defa aynı taksirli fiil bakımından faile hükmedilecek sonuç cezada da TCK m. 22 f. 6'ya göre ölçü kaçmaktadır. Kanundaki şartlar gerçekleşse dahi somut olayın şartları dahilinde maddenin uygulanması ya da tam tersi olarak uygulanmaması, kanundaki hükmü kıyasa yol açabilecek derecede geniş veya dar olarak yorumlamaktır. Sorulması gereken soru bunun önüne geçebilmek için TCK m. 2 f. 3 bakımından nasıl bir dengeleyici mekanizma işletilecek olmasıdır? Ancak sorun denge gözetme adına hukuk devletinin ilkelerinin ihlal edilmesine yol açabilecek denli ciddidir. Normun ele alınarak muğlak ve geniş yoruma yol açan noktaların açıklığa kavuşturularak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

III. HÜKMÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

TCK m. 22 f. 6 düzenlemesinden önce, mahkemeler adaleti sağlamak ve mağduriyeti önlemek adına hukukun dışına çıkarak cezasızlığı failler için netice olarak belirlemektedirler⁹⁹. Bu tartışmalar hukuki içerik kazandığında da durulmuş görünmemekte, düzenlemenin hukuki niteliği üzerinde birtakım tartışmalar halen bulunmaktadır. Doktrinde büyük bir çoğunluk tarafından¹⁰⁰ ve Yargıtay uygulamasında¹⁰¹ hukuki niteliğin genel bir şahsi cezasızlık sebebi ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olduğu savunulmaktadır. Öncelikle düzenleme, bir şahsi cezasızlık sebebi olarak nitelenemez. Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlenmesi anında var olan, failin şahsi niteliği dolayısı ile kabul

⁹⁸ Karar için Bknz. Hakeri, *Genel Hükümler*, (2022), 255, dn. 3.

⁹⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe, *Genel Hükümler*, (2021), 498.

¹⁰⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, (2021) 284 vd.; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 238; Meral Ekici Şahin, "Taksirli Suçlarda Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Şahsi Neden: Failin Kişisel ve Ailevi Durumu (TCK m. 22/6)", *BÜHFD*, C. 13, S. 165, (2018), 98; Cumhuriyet, Şahin ve Neslihan, Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 106: "Ancak bu şahsi cezasızlık sebebinin kural olarak TCK'da veya diğer kanunlarda yer alan bütün taksirli suçlar bakımından uygulanabilecek olmasına dikkat edilmesi gerektiği bu halde şahsi cezasızlık sebebi sayılan halleri bir hayli çoğalttığı ifade edilmektedir."

¹⁰¹ Y. 12 CD. T: 29.09.2011, E: 2011/1881, K: 2011/2020, "münhasıran", Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://www.kazancihukuk.com/ana-sayfa-1.aspx>: "Kararda madde ve gerekçesinden çıkan sonuca göre failin şahsi cezasızlık sebebinden veya cezadan indirimden yararlanabilmesi için taksirli fiilden dolayı münhasıran kişisel ve ailevi durum itibarıyla zararlı bir neticenin meydana gelmiş bulunması, neticenin, failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın verilmesinin gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması aranmaktadır..."

edilmiş olan, fiilin kusurluluğuna ve hukuka aykırılığına bir etkisi olmayan ancak failin cezalandırılmasına engel olan, şahsa bağlı sebepler olarak tanımlanmakta¹⁰² ve yalnızca sebebin ilişkin olduğu kişi bakımından etki doğurmaktadırlar. Buna ilişkin olarak birtakım şahsi cezasızlık sebepleri örneklendirilebilir. AY m. 83 f. 1’de düzenlenen yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin temsil yetkisinin bir gereği olarak yasama görevlerini baskıdan uzak bir şekilde yerine getirebilmeleri için, kendilerine getirilmiş bir güvencedir¹⁰³. Benzer şekilde, TCK m. 165’te düzenlenmiş olan suç eşyasının satın alınması düzenlemesi izleyen TCK m. 167’de malvarlığına yönelik suçlar açısından yağma ve nitelikli yağma hariç olmak üzere belli akrabalık ilişkileri, yahut ilgili akraba bakımından TCK m. 165 hükmünün uygulanmayacağı ve bir cezaya hükmedilmeyeceği ifade edilmekte ve şahsi cezasızlık sebebi olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁴. Bu noktada, inceleme konumuz olan hükmün niteliği ile arada bazı farklılıklar dikkati çekmektedir. TCK m. 22 f. 6’da fail bakımından belirli ağır sonuçları oluşturan netice, şahsi cezasızlık sebebindeki gibi fiilin işlenmesi anında var olan ve belli şartlar altında suç işlendiğinde ortaya çıkan bir durum değildir. Bu nedenle aslında madde, taksirli bir fiili düzenlemekle birlikte, bu taksirin tespiti ile ilişkili neticeye hüküm bağlanmış değildir. Aksine burada netice, şahsi cezasızlık sebebi olarak anılan diğer düzenlemeler ve ayrıca TCK m. 167’dekinin aksine, faille yakınlığı belirli olmayan muğlak bir durum olarak sonradan ortaya çıkmakta ve neticenin belirli bir ağırlıkta olması, cezanın kaldırılmasına neden olmaktadır. Hükümde teknik olarak hakime tanınmamış olan takdir yetkisi, faile fiilin bilinçli taksirle işlenmesi durumunda tanınmaktadır. Ancak bu durumda aynı yapıda yer alan netice, bu defa cezanın indirilebilmesine de yol açmaktadır. Bu durum, TCK m. 22 altında düzenlenen taksirin düzenlenişi bakımından çelişki oluşturmaktadır. Zira, bu yapıda bilinçli taksirle işlenen bir fiil, TCK m. 22 f. 3 uyarınca cezanın artırılması ile sonuçlanmamaktadır.

Buna ilişkin olarak, “TCK m. 22 f. 6’daki hükmün fiilin haksızlık içeriği ve failin kusuru ile ilgili olmadığı, daha çok cezanın amaçlarının bulunmadığı bir hale özgü düzenleme getirildiği¹⁰⁵” yani bu durumda cezanın amaçlanan etkiyi doğurmayacağına belirli durumlara özgü olarak tespit edilerek ceza verilmemesinden ibaret olduğu¹⁰⁶ genel bir değerlendirme olarak haklı görülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki burada kusur da kınanabilirliğin düzeyi de değerlendirilememektedir. Çünkü; bu kusurun ne şekilde oluştuğu hükümde değerlendirilmediği

¹⁰² Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 377; Önder, *Genel Hükümler*, 378.

¹⁰³ İsmail Dursun, “Yasama Sorumsuzluğunun Hakaret Suçu Bakımından Değerlendirilmesi”, *MÜHAD*, C. 19, S. 1 (2013), 74.

¹⁰⁴ Koca ve Üzülmüş, 377.

¹⁰⁵ Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (Ankara: Seçkin Yayınları 2020), 356.

¹⁰⁶ Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2017), 361.

için, aslında bundan bağımsız olarak, neticenin failin kişisel ve ailevi durumu bakımından bir kusur değerlendirilmesi değil, salt bir “etki” değerlendirilmesidir. Hal böyle olunca burada esasen objektif nitelikte olarak belirlenen nedenler değil, netice üzerinden sübjektif olarak ve sadece olaya özgü olarak yapılabilen bir belirleme yetkisidir. Hükümde failin içinde bulunduğu durumu betimleyen kişisel ve ailevi durumunun niteliği de tek başına yeterli görülmemekte, buna ilişkin bir değerlendirme de aranmaktadır. Oysa ki “Şahsi cezasızlık sebepleri” fiilin işlendiği sırada mevcut olmalıdır. Bu düzenleme içinde yalnızca kişisel ve ailevi durumun bulunması ile yetinilmemiş, meydana gelen neticenin ceza verilmesini gereksiz kılması da aranmıştır. Fiilin işlendiği sıradaki bu belirsizlik, şahsi cezasızlık sebebi olarak yapılacak bir nitelemeyi önlemektedir. Bu yönde “Alman Ceza Kanunu m. 60’da benzer bir düzenleme şahsi cezasızlık sebebi olarak değil, cezalandırmayı sınırlama sebepleri olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁷.” İtalyan Ceza Kanunu¹⁰⁸ m. 133’te ise hakimın cezayı belirlerken sahip olduğu takdir yetkisini kullanmasına ilişkin olarak, suçun ağırlığının göz önüne alınması; ancak bunu yaparken 132. maddedeki koşullarla bağlı kalınacağı belirtilmiştir¹⁰⁹. Bunun koşulları; adli sicil kayıtlarından, failin yaşantısına kadar objektif bir şekilde tespit edilebilen kriterler oluşturularak CPI m. 133’te¹¹⁰ tek tek sayılmıştır¹¹¹. CPI m. 133 f. 2’de failin suçtan önceki yaşamındaki davranışları, f. 3’te fiilin daha az kınanması şeklinde sonuçlanacak durumlar, f. 4’te ise failin bireysel, ailevi ve sosyal yaşam koşulları değerlendirilecektir. Hakim tıpkı TCK m. 61’de yer alan kastın yoğunluğu ve taksirin derecesi gibi bazı unsurları değerlendirecektir. (gravita del reato¹¹²) Bunu tespit ettikten sonra, failin suç işleme yeteneğini tespit edecektir (la capacita a delinquere e la capacita criminale¹¹³) ki burada kişisel ve ailevi koşullar madde kapsamında düzenlenmiştir. Bu, aslında bir nevi failin sosyal tehlikeliliğinin tespitidir¹¹⁴. Bizde ise TCK m. 22 f. 6 bakımından hakimden bir değerlendirme yapması beklenmekte; ancak madde kapsamında değerlendirme kriterine esas olacak bir ölçüt olarak, sadece meydana gelen neticenin “ceza verilmesini

¹⁰⁷ Meraklı, 362.

¹⁰⁸ Codice Penale Italiano: CPI olarak kullanılacaktır.

¹⁰⁹ “CPI”, Erişim Tarihi: Mayıs 04, 2022, <http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf>; Hans Heinrich, Jescheck, “Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi”, *İÜHM*, C. 54, S. 1-4, (1994), 31, Erişim Tarihi: Mayıs 4, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95936>.

¹¹⁰ Erişim Tarihi: Mayıs 4, 2022, <http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf>.

¹¹¹ Jescheck, “Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi”, 31.

¹¹² “La capacita criminale”, Erişim Tarihi: Mayıs 4, 2022, <http://www.polimniaprofessionioni.com/rivista/la-capacita-a-delinquere-e-la-capacita-criminale-i-parte/>.

¹¹³ “CPI art. 133”, Erişim Tarihi: Mayıs 4, 2022, <http://www.polimniaprofessionioni.com/rivista/la-capacita-a-delinquere-e-la-capacita-criminale-i-parte/>.

¹¹⁴ Erişim Tarihi: Mayıs 4, 2022, <http://www.polimniaprofessionioni.com/rivista/la-capacita-a-delinquere-e-la-capacita-criminale-i-parte/>.

gereksiz kılması” aranmaktadır. Bu durumda subjektifliği ortadan kaldıracak, objektif bir yapıya ihtiyaç bulunmaktadır. Fiilin neticesinin fail üzerindeki etkisinin tespiti yapılacaksa, TCK m. 61 değerlendirilerek bunun cezanın belirlenmesi aşamasında tespiti cezanın kusura uygun olarak belirlenmesi açısından daha yerinde olacaktır. Yine CPI’da düzenlenmiş olan m. 589-590 modellemesinde olduğu gibi failin kusurunun ihlal ettiği kuralın ağırlığına göre, ceza arttırılmalı ya da azaltılıp kaldırılabilmelidir¹¹⁵. Örneğin CPI m. 113 ve izleyen fıkralarda taksirli fiili işleyen birden fazla fail olduğunda her bir fail suçun cezası ile cezalandırılacak, CPI m. 114’e göre ise failin yaptığı katkının niteliği asgari ölçülerde kalmış ise hakim cezayı indirme yetkisine sahip olacaktır. Yani burada fiile bağlı olarak bir nitelme kriteri de getirilmiştir. Belirlemenin fiil üzerinden ve kademeli olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır¹¹⁶.

Düzenlemenin kusurluluğu kaldıran bir neden olduğu da söylenemez. “Bunlar tipe uygun, hukuka aykırı fiilin faile isnat edilememesi, failin kınanabilmesine imkan tanımayan kusurun olmadığı hallerdir. Çünkü bu hallerde failin kusurluluğundan söz edilememektedir¹¹⁷.” Failin burada taksirle bir fiil işlemesi ve taksirli fiilin tespiti istenemezlik (l’inesigibilita) ilkesi bakımından bir kabulü de ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda kişi içinde bulunduğu koşullar bakımından bir davranışta bulunursa, kusurlu addedilemeyecektir. Failin iradi fiili sonucunda meydana gelen neticenin hangi şartlarda oluştuğu ve en azından bunun manevi cebir düzeyinde failin kınanabilirliği üzerindeki etkisi bulunmamakta, madde kapsamında da kusurluluğu kaldıran hiçbir koşul tartışılmamaktadır¹¹⁸. Dolayısı ile bu yönde bir kabulün de önüne geçilmektedir. Ancak failin içinde bulunduğu koşullar maddede tartışılmadan hakim neticenin etkisini değerlendirmektedir¹¹⁹. Madde kapsamında bu koşulların tartışıldığı ve bu durumda başka türlü davranmasının mümkün olmadığı bir kınanamama halinin düzenlenmesi de isabetli olacaktır. Maddenin teknik yapısı taksirin basit ve bileşik halinin tespiti ve belirlenmesi üzerinden ilerlemektedir. Bunun fiil üzerindeki etkisi de tartışılmadığı, netice üzerinden belirlemeye gidildiği için madde açıkça kusurluluğu etkileyen bir sebep olarak değerlendirilemez. Bu sebep, fiili hukuka uygun kılan bir sebep de değildir. Maddede açıkça şartlar tartışılmamakta, hukuk düzeninin tamamı bakımından belirlenen bir durum

¹¹⁵ “CPI art 590”, Erişim Tarihi: Ağustos 8, 2022, <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-i/art589.html>, <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-i/art590.html>.

¹¹⁶ “Diminuire la pena”, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022, [https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primo/titolo-iv/capo-iii/art113.html#:~:text=La%20cooperazione%20nel%20delitto%20colpo%20di%20cui%20all'art.,produzione%20dell'evento%20non%20voluto](https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primo/titolo-iv/capo-iii/art113.html#:~:text=La%20cooperazione%20nel%20delitto%20colpo%20di%20cui%20all'art.,produzione%20dell'evento%20non%20voluto;); [https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primo/titolo-iv/capo-iii/art114.html#:~:text=Il%20giudice%2C%20qualora%20ritenga%20che,diminuire%20la%20pena\(1\)](https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primo/titolo-iv/capo-iii/art114.html#:~:text=Il%20giudice%2C%20qualora%20ritenga%20che,diminuire%20la%20pena(1).).

¹¹⁷ Önder, *Genel Hükümler*, 340.

¹¹⁸ Zeki Hafizoğulları, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, *AÜHFD*, C. 57, S. 3 (2008), 360 vd.

¹¹⁹ Hafizoğulları, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, 368 vd.

aksine cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak bir mağduriyete hasredilmiş bir cezasızlık veya cezada indirimden bahsedilmektedir. Yine TCK m. 22 f. 6'daki düzenleme etkin pişmanlıkla etki bakımından benzetilmektedir. Ancak etkin pişmanlıkta, suçun bütün unsurları ile tamamlanması ve neticenin meydana gelmesi, yine bazı düzenlemelerde açıkça zikredilmese de failin girişiminin suçtan duyduğu bir pişmanlığa dayanması, pişmanlığın bir unsur olarak ele alınacağı kabulü ile hareket edilmektedir¹²⁰. Madde kapsamında tartışılan, failin pişmanlığı değil, meydana gelen ağır neticenin ceza vermenin amaçları açısından hakkaniyetli bir yere konulma çabasıdır. Aksi halde ceza ile adalet duygusunun tatmini ve yeniden suç işlenmesinin önlenmesi bakımından bir fayda sağlanamayacaktır¹²¹.

Maddede çalışma kapsamında incelediğimiz koşulların varlığı, faile ceza verilmeyeceği sonucunu doğurduğu için ciddi bir şekilde araştırılması gerektiği belirtilse de¹²² hangi etkinin ne derece bir mağduriyete yol açtığı belirsiz olduğu için bir kriter olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ayrıca hükümde yer alan ceza verilmez ifadesindeki sertliğin, hakime takdir yetkisi verilmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesinin yerinde olacağı¹²³ belirtilmekte ise de bu takdir yetkisi, TCK m. 61'de hakime tanınan taksire dayalı, kusurun ağırlığını değerlendirmeye yetkisinin işlevini yerine getiremeyecektir. TCK m. 61'de yer alan cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçütler, cezanın alt sınırdan belirlenmesi ve TCK m. 62'ye göre takdiri indirim nedeni olarak kabul etmesi karşısında TCK m. 22 f. 6 bakımından bu durum değerlendirilemeyecektir. Nesnel kriterlerden hareket etmek yerine, neticenin belirli bir şekilde meydana gelmesinin aranması, ceza bireyselleştirilirken hakimin göz önüne alacağı bir durumun kullanılamaması ve kuramsal temeli olmayan bir durumla çözülmeye çalışılması anlamına gelmektedir. Adeta buraya belirli bir netice ile ortaya çıkan ve ceza verilmeyen farklı bir taksir türü getirilmiş gibidir. Hüküm teknik olarak farklı bir anlamı olan bilinçli taksir düzeyinde işlendiğinde cezanın indirilebilirliğine bağlanmaktadır. Cezayı kaldıran bir sebep var iken, bilinçli taksir açısından hakime bir takdir yetkisi tanınmakla birlikte bu TCK m. 61'den farklıdır. Hakim bu takdir yetkisini kullanırken taksirli suçların yapısından kaynaklanan bir nokta nedeni ile aslında tam anlamda bir değerlendirme de yapamamaktadır. Fail taksirli suçlarda kasıtlı suçların aksine belirli bir neticeyi hedeflemiş finalist bir hareketten yoksun olduğu için sonradan (ex-post¹²⁴) değerlendirme yapılamamakta, değerlendirme ancak

¹²⁰ Yasemin Baba, *Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2011), 118, Erişim Tarihi: Mayıs 5, 2022, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZI/48011.pdf>.

¹²¹ Nur Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, İzmir 2001, 348 vd.

¹²² Özbek, Doğan ve Bacaksız, (2021), 500.

¹²³ Özbek, Doğan ve Bacaksız, (2021), 500.

¹²⁴ Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 44.

failin hareketinin hukuka aykırılığının değerlendirilmesiyle (ex- ante¹²⁵) mümkün olmaktadır. Bu nedenle fail, ortaya çıkan neticeden ancak hukuki değer ihlalini bilebilir ve kaçınılabilir olması dolayısı ile sorumlu tutulmaktadır. Bu esasen ex ante bir değerlendirmeye hareketinin sosyal açıdan uygunsuz ve tehlikeli olması ile ilgili olmaktadır¹²⁶. TCK m. 22 f. 6 hükmünde ise böyle bir değerlendirme yapılamamaktadır. Hükümdeki muğlaklık nedeniyle yapılan nitelendirme de problemli olacaktır. Bu durum maddede bulunan bir ölçüt sorununa işaret etmektedir.

Madde düzenlemesinde belli neticelerin meydana gelmesi saikiyle hareket edilmesi anlayışı yer aldığı sürece, taksir değerlendirilemeyeceği için, tam olarak takdir yetkisi kullanımının da meseleyi çözmeyeceğini ortaya koymaktadır. Bu durumda düzenlemenin hukuki niteliği basit taksir halinde cezayı kaldıran, bilinçli taksir halinde ise cezayı azaltan şahsi bir sebep¹²⁷ olarak tanımlanabilir. Cezayı kaldıran haller, şahsi cezasızlık sebeplerinden farklı olarak fiilin işlenmesinden sonra etki gösterirken, şahsi cezasızlık sebepleri fiilin işlenmesi sırasında mevcut olmak durumundadır. Karşılıklı hakaret (TCK m. 129) ile hakaret suçunda isnadın ispatı (TCK m. 127) ile etkin pişmanlık halleri cezayı kaldıran hal olarak nitelenir. CMK m. 223 f. 4'te bu haller her ne kadar netice bakımından ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek olması bakımından bir fark doğurmasa da nitelik olarak etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebebi, karşılıklı hakaret ve işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı olarak ayrı ayrı sayılmıştır¹²⁸. Basit taksir üzerinden cezayı kaldıran sebep haline getirilen hüküm için mağduriyetin ağırlığı, taksirin oluşma biçimine hiç girmeden bir ölçü olarak ele alınırken, bilinçli taksirde bu sebep için kusurun yoğunluğuna bakılmıştır¹²⁹. Ancak aynı yapı içerisinde bu durum bu kez şahsa bağlı cezayı azaltan bir sebep halinde ele alınmaktadır. Aynı suç bilinçli taksir halinde işlendiğinde ve netice aynı şekilde gerçekleştirildiğinde de bu kez ceza üçte birden yarıya kadar indirilecektir. Basit taksirdeki değersel belirlemeyi hariç tutup, bilinçli taksirin bu manada belirlenebilmesi ise bu teknik yapı içinde tutarlı değildir. Çünkü çoğu yerde neticenin öngörülmüş olması, bilinçli taksirin unsuru haline getirilmiştir. Bu unsur üzerinden hareket eden yapıda ceza kalkmamakta, yalnızca azalmaktadır¹³⁰.

TCK m. 22 f. 6'da ceza belirlenmesine gidilirken, doğrudan ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Önce ceza tayin edilip, daha sonra ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi kanuna aykırıdır¹³¹. TCK m. 22 f. 6'nın söz

¹²⁵ Keçelioğlu, 44.

¹²⁶ Keçelioğlu, 44.

¹²⁷ Meraklı, 362.

¹²⁸ Her ne kadar uygulama bakımından fark doğurmadığı belirtilse de hukuki nitelik farklıdır: Özgenc, *Genel Hükümler*, 284.

¹²⁹ Keçelioğlu, 26.

¹³⁰ Keçelioğlu, 26.

¹³¹ Hakeri, *Genel Hükümler*, 255.

konusu olduğu olgularda netice tesis edilirken CMK m. 171 uygulanacaktır. Bu durumda CMK m. 171 hükmünde Cumhuriyet savcısı cezayı kaldıran şahsi sebep durumunda kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir. Her ne kadar bu durum basit taksir hükmü için geçerli olan bir durum olsa da TCK m. 22 f. 6 metninde yer alan “ceza verilmez” ifadesinin kesinliği karşısında çelişki oluşturmaktadır. Bilinçli taksir halinde savcı kamu davası açmak durumundadır¹³². Tüm bunlar karşısında maddenin teknik olarak düzenlenme şekli yeniden değerlendirilmelidir.

IV. HÜKMÜN UYGULANMASINDAKİ SORUNLAR

Hükmün uygulanması konusunda, failin taksirli fiili ile aynı nedensellik içinde oluşmuş birden fazla sonuç¹³³ meydana gelebilir. Bu durumun nasıl değerlendirileceği üzerinde durmak gerekmektedir. TCK m. 22 f. 6’da öngörülen yakınlığa sahip olmakla birlikte, aynı olayda bu yakınlığa sahip olmayan kişi veya kişilerin de yaralanmaları veya ölmeleri durumunda maddenin koşullarının oluşmayacağı ifade edilmektedir¹³⁴. Münhasıran ifadesinin madde metninde kullanımı somut olay bazında “geniş” veya “dar” şekilde yorumlanmasına ve gerekçenin her ne kadar bağlayıcılık işlevi bulunmasa da teknik olmayan bu kelimeye, özellikle tek neticenin bulunmasını aramak gibi teknik bir işlev yüklenmesine sebep olmaktadır. Örneğin, fail trafik kazası yaparak çocuğunun arabada ölümüne sebep olmuş, aynı zamanda bir yayanın da ölümüne sebep olmuşsa ya da taksirli fiili ile arabada ailesinden olmayan komşusu da ölmüş ise madde uygulanacak mıdır? Her iki durum açısından da hükmün uygulanma olanağının bulunmadığı, münhasıran ifadesi ile sınırlanmış bir başka neticenin de ortaya çıkmaması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁵. Yukarıda değerlendirdiğimiz münhasıran ifadesi ile böyle bir yorum yapmak gerekçenin bağlayıcılığının bulunmaması karşısında gerekçeyi kanun metnine örtülü olarak dahil etmek demektir. Bu nedenle bunu TCK m. 22 f. 6’nın şartı olarak değerlendirmiyoruz. Bu yönde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu failin taksirli fiili ile eşinin ölümüne ve birden fazla kişinin yara-

¹³² Yeşim, Dağoğlu, “Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi/Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep”, *İBD*, Y. 80, (2015), 165.

¹³³ Gerekçede; “Bu fıkranın uygulanabilmesi için failinden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı netice meydana gelmiş bulunması dışında, söz konusu bu durumlara ilişkin bulunmayan başka bir neticenin meydana gelmesi durumunda fıkranın uygulanamayacağı” belirtilmektedir. Süheyl, Donay ve Mahmut, Kaşıkçı, *Açıklamalı, Karşılaştırmalı ve Gerekçeli TCK ve Yürürlük Kanunu*, 554; Yiğit, *Yargıtay Kararları Işığında Taksirli Suçlar*, 78; Taksirli davranışı ile eşi dışında baldızının ve kayınbiraderinin çocuğunun ölümüne neden olan failde, eşi dışında ölenlerin münhasıran kişisel ve ailevi durum bakımından bir mağduriyetin bulunmadığı bu nedenle TCK m. 22 f. 6’nın uygulanmaması gerektiği denilmektedir, Y.12.CD 07.05.2013 E: 2012/21393 ve K: 2013/12648, Erişim Tarihi: Ağustos 6, 2022, <https://www.kazancihukuk.com/ana-sayfa-1.aspx>, Halbuki burada ailevi durum bakımından maddenin amacı gerçekleşmektedir.

¹³⁴ Erişim Tarihi: Ağustos 6, 2022, <https://www.tckmadde.com/22-2/>.

¹³⁵ Keçelioğlu, 26.

lanmasına yol açtığı olayda, failin eşinin dışında, başka kişilerin de zarar görmesi durumunda neticenin bölünemeyeceğine hükmetmiş ve TCK m. 22 f. 6'nın uygulama alanı bulamayacağı belirtilmiştir¹³⁶.

Bu noktada, madde metnindeki ifadenin, maddenin koşullarına yönelik bir nitelemeden ziyade, kişisel ve ailevi durumun yalnızca fail bakımından söz konusu edilebileceğini nitelemek için kullanıldığı ifade edilmektedir. “Aslında burada cezanın belirlenmesi açısından mevcut olan sorun en haklı belirlemenin yapılabilmesi için yeniden bir düzenleme yapılmasıdır. Salt cezanın orantılılığı, ona hangi amaçtan bakıldığı ile ilgilidir. Cezanın bir amacı, belirlenmesini, bir amacı da yasaklanmasını gerektirdiği için, somut olayda ortaya konulması, olanın mümkün ve kontrol edilebilir olana öncelik tanımak suretiyle çözümlenecektir¹³⁷.” Bu açıdan TCK m. 22 f. 6 metni suç niteliği ve üst sınırı konularak yeniden düzenlenmelidir. TCK m. 62'deki kriterlerin içine failin duygusal yakınlığı, etkilenme düzeyi, pişmanlığı gibi kriterlerin madde ile ilişkilendirilerek düzenlenmesi yerinde olacaktır. Taksirin özü objektif özen yükümlülüğü kurallarına uyulmasını sağlamak ise onu subjektifleştirerek bazı gruplara suç olmaktan çıkarma imkanı sunulması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz¹³⁸. Düzenleme yapılırken yalnızca haksızlığın işleniş şekli esas alınmamalı, suça ilişkin öngörülen cezanın üst sınırı da dikkate alınmalıdır. Nitekim TCK m. 85 f. 1 ve f. 2 ile TCK m. 89 f. 4, TCK m. 171 ve TCK m. 180 hükümleri 3 aydan 1, 3, 6 ve 15 yıla kadar çok farklı hapis cezaları öngörmektedirler¹³⁹. Bu hükümlerin sonuç cezaları karşılaştırıldığında cezanın üst sınırı arasında çok ciddi farklar göze çarpmaktadır. Madde kapsamında buna ilişkin bir değerlendirme kriterinin konulması ceza adaleti açısından yerinde olacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu konuyu gerekçeye üstünlük tanıyarak yorumlamaktadır. Yargıtay 12. CD tarafından verilen bir kararda, sanık, trafik kazasında basit müdahale ile iyileşemeyecek derecede yaralanmış; ancak olayda oğlu, kardeşi ve yeğeninin ölümüne neden olmuştur. Hükmün oğlu bakımından uygulanma olanağı olmakla birlikte, TCK m. 22 f. 6'daki “münhasıran kişisel ve ailevi durum nedeniyle ifadesi” ve TCK m. 61'deki cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçütler ve TCK m 3'teki hakkaniyet ilkesi nedeniyle uygulanma olanağı olmadığı ifade edilmiştir¹⁴⁰. Karar aslında TCK m. 85 f. 2 karşısında TCK m. 22 f. 6'nın uygulanma olanağı bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Kaldı ki TCK

¹³⁶ YCGK. 29.04.2014, E: 2013/104, K: 2014/216, Karar ve değerlendirme için Bknz. Mehmet Emin, Alşahin, *Yargıtay Kararları Işığında Taksirle Öldürme Suçu (TCK m. 85)* (Ankara; Adalet Yayınevi, 2016), 271, dn. 641.

¹³⁷ Yerdelen, 112.

¹³⁸ Yener, Ünver, “YTCK'da Kusurluluk”, *CHD*, C. 1, S. 1, (2006), 55.

¹³⁹ Meraklı, 361.

¹⁴⁰ Y.12.CD T: 27.10.2021, E: 2021/4362, K: 2021/7388, <https://www.kazancihukuk.com/ana-sayfa-1.aspx>.

m. 61'deki taksire dayalı kusurun ağırlığının TCK m. 22 f. 6 ve TCK m. 22 f. 4 yönünden belirlenme olanağı da bulunmamaktadır. Bu yönde verilen absürt olarak nitelenebilecek bir başka kararda ise “Yargıtay 12. CD kişinin kendisini ağır sağlık sorunları oluşturacak derecede yaraladığı ve yanında seyahat eden yolcunun taksirle ölümüne yol açtığı olayda, iki farklı suçun işlenmiş olduğunu, bunlardan birinin failin kendisine karşı işlediği taksirle yaralama suçu, diğer suçun ise araçtaki mesai arkadaşının taksirle öldürülmesi suçu olduğunu, kişinin zaten ağır sağlık sorunları yaşadığı için diğer suçtan sorumlu olmayacağını TCK m. 85 f. 2 üzerinden değerlendirerek ifade ederken, dolaylı olarak TCK m. 22 f. 6'nın birden fazla netice bakımından uygulanabileceğini¹⁴¹” kabul etmekte; ancak TCK m. 89 f. 1 karşısında kişinin kendi kendisini yaralamasının tipiklik manasında mümkün olmadığını kaçırmaktadır. Ortada suç teşkil eden iki netice olmadığına göre, Yargıtay'ın bu tuhaf söylemi ile TCK m. 22 f. 6 değerlendirilmesi dahi yapılamayacaktır.

Kararlarda da görüldüğü üzere uygulamada TCK m. 22 f. 6 hükmü farklı anlamlar yüklenerek yorumlanmaktadır. Hüküm tek başına taksirli fiilin bölünerek uygulanmasına engel değildir. Bazen kanundaki şartlar gerçekleşmiş olsa da somut olayın şartları nedeni ile madde uygulanmayabilir¹⁴². Tek hareketle ortaya çıkan birden fazla netice de bu duruma engel değildir. Örneğin failin kendisi veya yakınları zarar görmekle beraber herhangi bir ailevi bağın bulunmadığı üçüncü kişiler zarar görürse TCK m. 22 f. 6'nın diğer kimseler bakımından uygulanması salt madde açısından mümkündür. Buradaki engel TCK m. 85 f. 2 ve TCK m. 89 f. 4 hükmüne rağmen, böyle bir bölünmeye imkan bulunmamasıdır. Zira bu hüküm bir bütün olarak uygulanmak durumundadır¹⁴³. Bu durumda dayanak 22 f. 6 uygulanamayacak ve fail üçüncü kişiler ile kişisel ve ailevi yakınlığı bulunan kişilere verdiği zarardan sorumlu olacaktır. Ancak bu durumda da maddenin düzenleme gerekçesi olan ve asıl önüne geçilmek istenen durum olan; bir kimsenin içinde bulunduğu durumdaki ağır mağduriyet önlenemeyecektir. Buna ilişkin dikkat çeken bir kararda da basit taksirle kaza yaparak eşinin nitelikli yaralanması, iki kızının ölümü ile birlikte üçüncü bir kişinin de basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde yaralanması ile sonuçlanan olayda Yargıtay ilginç bir sonuca varmıştır. TCK m. 22 f. 6'nın şartlarının oluştuğu ama bu kez TCK m. 85 f. 2 yönünden kanuna aykırı olacağı gerekçesiyle hüküm kurmamıştır¹⁴⁴. Esasen

¹⁴¹ Meraklı, 365.

¹⁴² Aktaran Hakeri, (2022), 255: “... sanığın aracın gazına fazla yüklendiğinde aracın arkasında alkollü vaziyette duran kardeşinin motosikletten düşerek dengesini kaybederek öldüğü, kardeşinin öldüğünü anlayan sanığın kardeşini olay yerinde bırakarak önce kahveye sonra da eve gittiği olayda anılan maddenin koşullarının oluşmaması nedeniyle uygulanmayacağını gözetilmediği olayda...”

¹⁴³ Hakeri, 255.

¹⁴⁴ Aktaran Ekici Şahin, “Taksirli Suçlarda Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Şahsi Neden: Failin Kişisel ve Ailevi Durumu (TCK m. 22/6)”, 115, dn. 84.

failin tek fiili ile birden fazla kişi yaralanmış ve içlerinden biri ailevi durum kriterine uyuyor ise yine TCK m. 89 f. 4 hükmü, hükmün uygulanmasına engeldir. Bu yönde öğretide, taksirli hareket sonunda fail, hem eşinin hem de başka kişilerin ölmüş ve yaralanmış olması durumunda eşine karşı TCK m. 22 f. 6'dan yararlanması ve diğer kişiler açısından taksirle öldürmeden sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüş hakkaniyet duygusu bakımından kabul görse de TCK m. 85 f. 2 ve TCK m. 89 f. 4 karşısında işlevsel kalmamaktadır¹⁴⁵. “Hakim bu husustaki takdirini kullanırken suçlunun ekonomik durumunu, aile yükümlülüklerini, varsa diğer çocuklarının bakımını göz önünde bulundurabilmeli ve hükmünü bu gibi hususlara göre oluşturabilmelidir¹⁴⁶.” Kişisel durum için failin bizzat zarar görmesi gerektiği, madde metninde kullanılan münhasıran ifadesinin maddenin bu durumda uygulanamayacağı sonucunu ortaya çıkaracağı ifade edilmekte ise de maddeyi daraltmayı somut olayda hakimnin bu konuda karar vermesi gerektiği¹⁴⁷ yönündeki görüşe katılmaktayız.

SONUÇ

TCK m. 22 f. 6'nın madde gerekçesinde ve Dönmezer Tasarısı başta olmak üzere 5237 sayılı TCK'nin yapım aşamasında maddenin mağduriyet ortaya çıkaran ağır bazı durumlar dolayısı ile hakkaniyet duygusuyla failin daha fazla acı çekmesinin önüne geçmek için düzenlendiği ifade edilmiştir. Ne yazık ki niyetin sahih olması tekniğe etki eden bir durum değildir. Düzenlemenin uygulanma koşulları net değildir. Taksirli bir fiilin dogmatik yapısı, neticenin faile objektif olarak isnat edilmesi ve taksirin bu yapı üzerinden değerlendirilmesi üzerine işlemektedir. Bu yapı, failin belli durumlarında ortaya çıkan neticenin cezayı etkilemesi üzerinde var olan bir yapıdır. TCK m. 22 f. 6'nın uygulanması sırasında faile hasredilen durumlar için hâkimden bir değerlendirme yapması beklenmektedir. Madde kapsamına bakıldığında, değerlendirme kriterine esas olacak bir ölçüt olarak sadece meydana gelen neticenin “ceza verilmesini gereksiz kılması” aranmakta, normda buna yönelik parametreler bulunmamaktadır. Bu yönde hâkim tamamen sübjektif kriterlerle hareket etmek durumunda kalacaktır. Nitekim Yargıtay kararlarında aynı lafzın benzer olaylarda farklı yaklaşımlarla değerlendirildiği göze çarpmaktadır. Fiilin neticesinin fail üzerindeki etkisinin saptanabilmesi için maddenin objektif kriterleri içerir bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Madde kapsamında failin kınanabilirliğinin düzeyi ve kusurluluğu kaldıran koşullar tartışılmamaktadır. Örneğin hukuka uygunluk nedenlerinde yapısal olarak, hareket olayın yaşandığı anda normun yapısal içeriğindeki unsurların karşılanarak ortaya çıkması durumunda meşrudur. Bu, hareket

¹⁴⁵ Durmuş Tezcan, Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 215.

¹⁴⁶ Keçelioğlu, 26.

¹⁴⁷ Hakeri, 253.

açısından özel hükümler uygulanırken suç tipi ne olursa olsun belirlenebilir bir ölçü içermektedir. Öngörülen belli şartlar altında işlenen bir fiil hukuka uygun kabul edilecektir. Böylelikle hareketin soyut olarak haklılığı değil, somut olay içerisinde belirli şartları karşılaması aranacak ve ancak bu koşulda hareket hukuka uygun olarak nitelenecektir. TCK m. 22 f. 6 düzenlemesinde, taksirli bir fiil sonucu ortaya çıkan netice, soyut haklılık bile araştırılmadan doğrudan bir hükme bağlanmaktadır. Bu durumda hâkim, değerlendirme sırasında sınırlarının ölçülemeyeceği bir takdir yetkisi ile hareket edecektir. Taksirli suçların esasına ilişkin bir değerlendirme yapılmayıp, netice üzerinden bir belirlemeye gidilmesi, madde farklı neticeler ile birlikte meydana geldiğinde maddeden umulan etkinin sağlanması TCK m. 85 f. 2 ve TCK m. 89 f. 4 karşısında da mümkün olmayacaktır. İçerik belirsiz olunca Yargıtay da uygulamada kanunilik ilkesini zorlayacak belirlemelerde bulunmakta, normun amacı yerine gelmemektedir. İçerikte yer alan hem münhasıran hem de kişisel ve ailevi durum ifadelerinin belirsiz içerikleri dar veya geniş yorumlarla kıyasa kadar gidebilmekte hukuk devleti ilkesi zedelenmektedir. Madde metninde bunun yerine daha belirli ifadelerin getirilmesi yerinde olacaktır. Örneğin TCK m. 82 f. 4'te üstsoy, altsoy, eş, boşandığı eş tabirleri bulunmaktadır. Bunlar daha net tabirlerdir. Yine bu tip bir ilişki içinde bulunmakla birlikte hiç görüşülmediği, küs olunduğu ve duygusal bir anlam ifade etmeyen durumlar olabilir. Bu nedenle duygusal yakınlık düzeyi terimi bu teknik tabirlere eklenebilir.

Kişisel ve ailevi durum bakımından yakınlık bulunmayan bir neticenin ortaya çıkması durumunda bu defa aynı taksirli fiil bakımından faile hükmedilecek sonuç cezada da TCK m. 22 f. 6'ya göre ölçü kaçmaktadır. Normun cezanın amaçlarını sağlayacak önleme, ödetme amaçları gözetilerek şekillendirilmesi, TCK m. 22 tutarlılığında yeniden TCK m. 85 f. 2 ve TCK m. 89 f. 4 gözetilerek düzenlenmesi yerinde olacaktır. TCK m. 22 f. 6 özel hükümler bakımından farklı maddeler açısından da gündeme gelebilir. Örneğin TCK m. 171'de yer alan genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması ile TCK m. 180 ile TCK m. 85 f. 1 ve f. 2 ile TCK m. 89 f. 4'ün sonuç cezaları karşılaştırıldığında cezanın alt ve üst sınırı arasında çok ciddi farklar göze çarpmaktadır. Madde kapsamında buna ilişkin bir değerlendirme kriteri ceza adaleti açısından yerinde olacaktır.

Burada cezanın belirlenmesi açısından mevcut olan sorun en haklı belirlemenin yapılabilmesi için yeniden bir düzenleme yapılmasıdır. Taksirin özü objektif özen yükümlülüğü kurallarına uyulmasını sağlamak ise onu subjektifleştirerek bazı gruplara suç olmaktan çıkarma imkanı sunulması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz¹⁴⁸. Bu açıdan TCK m. 22 f. 6 metni suç niteliği ve üst sınırı konularak yeniden düzenlenmelidir. TCK m. 62'deki kriterlerin içine failin duygusal yakınlığı, etkilenme düzeyi, pişmanlığı gibi kriterlerin madde ile ilişkilendirile-

¹⁴⁸ Yener Ünver, "YTCK'da Kusurluluk", *CHD*, C. 1, S. 1 (2006), 55.

rek düzenlenmesi yerinde olacaktır. Düzenleme yapılırken yalnızca haksızlığın işleniş şekli esas alınmamalı, suça ilişkin öngörülen cezanın üst sınırı da dikkate alınmalıdır.

Maddede basit taksirde cezanın net bir dille verilmeyeceği ifadesini, bilinçli taksirde genel yapıya aykırı olarak bir indirim yapılması takip etmektedir. TCK m 22'deki basit ve bilinçli taksirin genel düzenleme şekline aykırı bu düzenleme ve tutarsızlık hukuki nitelik üzerinde de doktrinsel ve yargı kararları bağlamında tartışmalı görüşlere neden olmuştur. Bu noktada hükmün hukuki niteliğini cezayı kaldıran şahsi sebep ve şahsi indirim sebebi olarak belirlemekteyiz.

Düzenleme bu şekliyle istenen işlevini yerine getirmemektedir. Faili mağdur etmemek daha fazla acı çekmemesi adına, fiili durumun tespiti ve gerçek mağduriyetin tespiti çok kolay değildir. Yapı arada husumet olan durumlarda failin lehine bir uygulama ortaya çıkarma riski taşımaktadır. Aynı taksirli fiille, faille yakınlığı olmayan kişi üzerinde meydana gelen neticenin neden farklı olduğunu madde kapsamında açıklamak güçtür. Bunu belirlemek özellikle sınırları olmayan bir madde açısından daha güçtür. Üstelik hâkim yine takdir etmekte ancak kullandığı takdir yetkisi olmamaktadır. Bu meyanda, kriterler ortaya açıklıkla konularak hâkimin failin içinde bulunduğu koşulları tartışarak neticenin etkisinin değerlendirileceği bir yapının madde kapsamında düzenlenmesi faydalı olacaktır. TCK m. 61 kapsamında bu kriterler cezanın belirlenmesi aşamasında da belirlenebilir. Yahut da İtalyan Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan madde 589-590 modellemesinde olduğu gibi failin kusurunun ağırlığına göre ceza arttırılmalı ya da azaltılıp kaldırılabilirdir. Örneğin İCK m. 113 ve izleyen fıkralarda taksirli fiili işleyen birden fazla fail olduğunda, her bir fail suçun cezası ile cezalandırılacak, İCK m. 114'e göre ise failin yaptığı katkının niteliği asgari ölçülerde kalmış ise ceza azaltılacaktır. Yani burada fiile bağlı olarak bir niteleme kriteri de getirilmiştir. Belirlemenin fiil üzerinden ve kademeli olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur. *Suçun Unsurları*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Alşahin, Mehmet Emin. *Yargıtay Kararları Işığında Taksirle Öldürme Suçu (TCK m. 85)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Antolisei, Francesco. *Manuale Di Diritto Penale*. Parte Generale, Milano: Giuffre' Yayınları, 1997.
- Baba, Yasemin. *Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011. Erişim Tarihi: Mayıs 5, 2022, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/48011.pdf>.
- Bettiol, Giuseppe. *Diritto Penale Parte Generale*. Padova: CEDAM Yayınevi, 1976.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınları, 2016.
- Centel, Nur. "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir: 2001, 337-372.
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel. "Türk Ceza Kanununda Taksir". *Ankara Barosu Dergisi*. Sayı: 3 (Yıl: 2013): 315-339.
- Dağoğlu, Yeşim. "Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi/Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep". *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 80, Sayı: 2-3, (Mayıs 2015): 144-173.
- Demirci, Bahar. *Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara: 2011.
- Demirel, Muhammet. *Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Dursun, İsmail. "Yasama Sorumsuzluğunun Hakaret Suçu Bakımından Değerlendirilmesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 1, (2013): 73-98.
- Ekici Şahin, Meral. "Taksirli Suçlarda Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Şahsi Neden: Failin Kişisel ve Ailevi Durumu (TCK m. 22/6)". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 165, (Mayıs 2018): 95-121.
- Ersoy, Uğur. "Hareketin ve Neticenin Haksızlığı Kavramları Işığında Taksirli Suçlarda Meydana Gelen Sonucun/Neticenin Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme". *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 36, (Nisan 2018): 39-67.
- Gökçen, Ahmet. "Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme". *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4 Sayı: 7, (Haziran 2018): 21-66.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yayınevi, 2016.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yayınevi, 2018.
- Hafizoğulları, Zeki. "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenebilirlik İlkesi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 3, (2008), 337-370.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

- Honig, Richard, Çeviren Abadan, Yavuz. “Taksir ve Ceza”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl 1938, Cilt: 4, Sayı: 14, (1938): 209-219, Erişim Tarihi: Temmuz 15, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97522>.
- İçel, Kayıhan. “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 0, Sayı: 7, (2016): 621-635, Erişim Tarihi Mayıs 5, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/229917#:~:text=Ceza%20sorumlulu%C4%9Funun%20%C5%9Fahsili%C4%9Fi%20ceza%20hukukunun,ba%C5%9Fka%2D%20s%C4%B1n%C4%B1n%20filinden%20sorumlu%20tutulmamas%C4%B1d%C4%B1r>.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.
- Jeschek, Hans Heinrich. “Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından İncelenmesi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 54, Sayı: 1-4, (1994): 15-31, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95936>, (E. T. 04.05.2022).
- Karakehya, Hakan ve Usluadam, Asena Kamer. “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, (2015): 1-24.
- Kartal, Melik. “Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi”. *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 15 Sayı: 44, (Aralık 2020): 913-948.
- Keçeligil, Hasan Tahsin. *Türk Ceza Hukukunda Taksirin Esasları*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016.
- Keçelioğlu, Elvan. *Taksirli Suçun Dogmatiği*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2015.
- Koca, Mahmut ve Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Koca, Mahmut ve Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınları, 2022.
- Koca; Mahmut ve Üzülmüş; İlhan. “Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler”. *Adalet Dergisi*, Cilt: 147, S: 64, (Ocak 2020): 239-268.
- Kunter, Nurullah. *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, 1949.
- Maggiore, Giuseppe. *Diritto Penale Parte Generale*. Volume I, Bologna: Zanichelli Yayınları, 1955.
- Maggiore, Giuseppe. *Diritto Penale*. Volume I, Bologna: Zanichelli Yayınları, 1961.
- Mantovani Ferrando. *Principi Di Diritto Penale*. Padova: CEDAM Yayınevi, 2007.
- Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale Parte Generale*. Padova: CEDAM Yayınevi, 2007.
- Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale Parte Generale*. Padova: CEDAM Yayınevi, 2008.
- Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale Parte Generale*. Padova: CEDAM Yayınevi, 2011.
- Mortaş, Süleyman. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

- Öncü, Gülay Arslan. *Özel Yaşama ve Aile Hayatına Saygı Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8*. Ankara: Avrupa Konseyi Program Ofisi, 2019.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul, Filiz Kitapevi, 1992.
- Özanalı, Aytekin. “Failin Kişisel ve Ailevi Durumunun Taksirli Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi”. *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 32, (Nisan 2009): 57-64.
- Özanalı, Aytekin. “Failin Kişisel ve Ailevi Durumunun Taksirli Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi”. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 32, (Nisan 2009): 57-64.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Özbek, Veli Özer, Kanbur, Mehmet Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar ve Tepe, İlker. *Türk Ceza Hukuku* Ankara: Seçkin Yayınları, 2012.
- Özbek, Veli Özer, Kanbur, Mehmet Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar ve Tepe, İlker. *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2012.
- Özen, Muharrem. *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*. Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Petrocelli, Biagio. *Pirincipi Di Diritto Penale*. Napoli: CEDAM Yayınları, 1943.
- Şahin, Cumhur ve Göktürk Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku I*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Toroslu, Nevzat-Haluk. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınları, 2018.
- Türkçe Sözlük*. Ankara: Dil Derneği, 2005.
- Ünver, Yener. “YTCK’da Kusurluluk”. *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1; Sayı: 1, (Eylül 2006): 37-73.
- Yaşar, Ercan. *Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022.
- Yerdelen, Erdal. *Cezanın Belirlenmesi*. Ankara: Adalet Yayınları, 2013.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.
- Yiğit, Onur. *Yargıtay Kararları Işığında Taksirli Suçlar*. Ankara: Legal Yayınları, 2014.
- Yokuş Sevük, Handan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınları 2020.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Beta Yayınevi, İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

İnternet Kaynakları

- “Münhasıran”, Erişim Tarihi: Mayıs 1, 2022, <http://www.dildernegi.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html>.
- “TCK m. 22”, Erişim Tarihi, Eylül 6, 2022, <https://www.tckmadde.com/22-2/>.
- “Codice Penale”, Erişim Tarihi: Mayıs 4, 2022, <http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf>.
- “CPI articolo 590”, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022, <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-i/art590.html>.

- “CPI articolo 113”, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022 <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primotitolo-iv/capo-iii/art113.html#:~:text=La%20cooperazione%20nel%20delitto%20colposo%20di%20cui%20all'art.,produzione%20dell'evento%20non%20voluto.>
- “CPI articolo 114”, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022, [https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primotitolo-iv/capo-iii/art114.html#:~:text=Il%20giudice%2C%20qualora%20ritenga%20che,diminuire%20la%20pena\(1\).](https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primotitolo-iv/capo-iii/art114.html#:~:text=Il%20giudice%2C%20qualora%20ritenga%20che,diminuire%20la%20pena(1).)
- “765 s. TCK”, Erişim Tarihi: Eylül 9, 2022, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765.>
- “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, Erişim Tarihi: Mayıs 25, 2022, <http://nek.is-tanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/48011.pdf>.
- “TCK m. 22 f. 6”, Erişim Tarihi: Temmuz 21, 2022, <https://www.kazancihukuk.com/ana-sayfa-1.aspx>.
- “TCK m. 22 f. 6”, Erişim Tarihi: Mayıs 30, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞINDA KOLLUK FAALİYETLERİNİN DENETİMİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ^(*)

Dr. Öğr. Gör. Alkım AKTAŞ İNAM^(**)

Öz

Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasası tarafından güvence altına alınmış, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılan denetim ölçütlerinden birisidir. Kolluk eylem ve işlemleri ise çoğu zaman doğrudan temel hak ve hürriyetler ile ilişkilidir. Belirtilen faaliyetler, temel hak ve hürriyetleri sınırlandırıcı nitelikte olup, hak doğurmamaktadır. Bu sebeple kolluk faaliyetleri, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Mahkeme kararları dikkate alındığında ölçülülük ilkesinin kolluk faaliyetleri için çok önemli bir denetim aracı olduğu göze çarpmaktadır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kolluk faaliyetlerine yönelik incelediği dosyaların sayısı yadsınamayacak çoğunluktadır ve kararlarında kimi durumlarda ölçülülük ilkesinin ihlaline karar verebilmektedir. Kolluk faaliyetlerinde ölçülülük ilkesinin aşılması, sorumluluğu beraberinde getirmektedir. Kolluk faaliyetleri ve ölçülülük ilkesi arasındaki bağ dolayısıyla ilke, kolluk yetkilerinin dayanaklarını oluşturan mevzuatta yerini almıştır. Ancak özellikle takdir yetkisinin kullanıldığı durumlarda ölçülülük ilkesinin sınırları aşılabilmektedir. Bu sebeple, ulusal mahkeme kararları başta olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararları göz önünde bulundurularak mevzuat gözden geçirilerek ölçülülük ilkesinin kapsamının tüm alt ilkeleri ile birlikte yeniden düzenlenmesi, hem kolluğun kullandığı yetkilerin çerçevesinin hukuka uygunluk sınırı içerisinde kalmasını sağlayacak hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararlarının sayısını azaltacaktır. Bu şekilde ulusal mahkemeler aracılığı ile de ölçülülük ilkesine bağlı olarak yapılan denetimin etkinliği kuvvetlendirilecek, Anayasa'nın ve tarafı bulunduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sınırlamada dikkate aldığı aracı amacı gerçekleştirmek için elverişli olması, demokratik toplum düzeninde gereklilik arz etmesi ve aşırılığa kaçmaması hususları, kolluk uygulamalarında temel hakları ihlal eden uygulamaların büyük ölçüde azalmasını sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kolluk, Ölçülülük İlkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İdare, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 12.06.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 18.09.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1313144.

^(**) Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Hukuk Bilimleri Bölümü / Ankara, Türkiye.

E-posta: alkmaktas@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4277-9086>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN SUPERVISION OF LAW ENFORCEMENT IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

The principle of proportionality, guaranteed by the 1982 Constitution, is one of the control criteria used in restriction fundamental rights and freedoms. Law enforcement actions and transactions are most of the time directly related to fundamental rights and freedoms. The aforementioned activities restrict fundamental rights and freedoms and do not give rise to rights. For this reason, law enforcement activities result in the restriction of fundamental rights and freedoms. When court decisions are taken into consideration, it is striking that the principle of proportionality is a very important control tool for law enforcement activities. The number of files examined by the European Court of Human Rights on law enforcement activities is undeniably high. And the court may decide in some cases that the principle of proportionality is violated in its decisions. Exceeding the principle of proportionality in law enforcement activities brings responsibility. Due to the link between law enforcement activities and the principle of proportionality, the principle has also taken its place in the legislation that forms the basis of law enforcement authorities. However, especially in cases where the discretion of the administration is used, the limits of the principle of proportionality can be exceeded. For this reason, the scope of the principle of proportionality in the legislation should be re-evaluated together with all its sub-principles, taking into account the violation decisions given by the European Court of Human Rights, especially the national court decisions. In this way, it will be ensured that the powers used by the law enforcement officers remain within the limits of legality and the number of violation decisions given by the European Court of Human Rights will decrease. Accordingly, the effectiveness of the supervision carried out in accordance with the principle of proportionality through national courts will be strengthened. And the fact that the tool evaluated by the Constitutional Court and the European Court of Human Rights is suitable for realizing the purpose, is necessary for a democratic social order and does not go to extremes will reduce the practices that violate fundamental rights in law enforcement activities.

Keywords

Law Enforcement, Principle of Proportionality, European Court of Human Rights, Administration, Restriction of Fundamental Rights and Freedoms.

Extended Abstract

The principle of proportionality took its place in the 13th and 15th articles of the 1982 Constitution and was directly regulated in the 13th article. The aforementioned article contains regulations on the restriction of fundamental rights and freedoms. According to the article, restrictions; "It cannot be contrary to the word and spirit of the Constitution, the requirements of the democratic social order and the secular Republic, and the principle of proportionality". The principle of proportionality was included in Article 13 of the Constitution with the 2001 amendment. However, it should be noted that before the aforementioned amendment, the principle was being evaluated by the Constitutional Court since it is a universal principle. Similar to Article 13 of the Constitution, the principle of proportionality is also included in the first paragraph of Article 15, titled Suspending the Use of Fundamental Rights and Freedoms, with the expression to the extent required by the situation.

Law enforcement activities have a direct connection with fundamental rights and freedoms. As it can be understood from the regulation of the principle of proportionality, the mentioned principle appears as a principle that ensures the lawfulness of law enforcement activities. Therefore, the principle of proportionality continues to exist as the most important tool in the supervision of law enforcement activities. It is of great importance that the law enforcement, which has the capacity to make changes in the legal status of individuals, is supervised through the principle of proportionality.

The mentioned principle is frequently the subject of the decisions of the European Court of Human Rights, as in many court decisions in our domestic law, within the scope of activities related to law enforcement. In order to ensure compliance with the principle of proportionality in law enforcement activities, fundamental rights and freedoms should not be interfered with more than necessary, and it is also important to terminate law enforcement activities if

public order is maintained. It is not possible for restrictions that restrict fundamental rights and freedoms by touching their essence, to be compatible with a democratic state of law. For this reason, the principle of proportionality appears as an indispensable element of the rule of law.

Whether a law enforcement activity is of a judicial or administrative nature, it must comply with all sub-elements of the principle of proportionality. For this reason, a law enforcement activity to be carried out should primarily serve to ensure the purpose of the law enforcement activity, that is, it should be convenient. Then, whether the activity is necessary for a democratic society, that is, the element of necessity, should be evaluated. Finally, it is necessary to find a fair balance between the fundamental right intervened through law enforcement activities, and this element appears as fair balance.

All sub-principles of the proportionality principle should be evaluated for law enforcement activities. It should not be forgotten that the legislature makes regulations in accordance with the principle of proportionality. And afterwards, where the administration has discretionary power, it should be filled in a way that will involve the least interference with fundamental rights and freedoms.

In line with the explanations above, in this study, first of all, the principle of proportionality and law enforcement activities are explained in order to better understand the subject and to identify the problems in practice. Then, within the scope of convenience, necessity and fair balance, which are the sub-elements of the principle of proportionality, the decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court are evaluated. And finally, important issues taken into consideration in the audit of compliance with the proportionality principle of law enforcement activities are included.

GİRİŞ

Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde doğrudan "ölçülülük ilkesi", 15. maddede ise "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadesi kullanılmak suretiyle düzenlenmiştir. Söz konusu 13. madde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler içermekte olup, buna göre, sınırlandırmalar; "Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". Ölçülülük ilkesi, Anayasa'nın 13. maddesine 3 Ekim 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile dahil edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu değişiklikten önce de ilke, evrensel bir ilke olması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) yer almasından ötürü Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarında değerlendirilmekte idi. Anayasa'nın 13. maddesine benzer şekilde, ölçülülük ilkesine dolaylı olarak "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadesi ile "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması" başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasında da yer verilmiştir.

Kolluk faaliyetleri temel hak ve hürriyetler ile doğrudan bir bağlantıya sahiptir. Ölçülülük ilkesinin düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, adı geçen ilke, kolluk faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu sağlayan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, kolluk faaliyetlerinin denetlenmesindeki en önemli araç olarak varlığını sürdürmektedir. Zira kişilerin hukuki durumlarında kısıtlayıcı değişiklik yapabilme ehliyetine sahip olan kolluğun, ölçülülük ilkesi vasıtası ile denetlenmesi büyük önem arz etmektedir.

Söz konusu ilke iç hukukumuzda birçok mahkeme kararında olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına da sık sık kolluk ile ilgili faaliyetler kapsamında konu olmaktadır. Kolluk faaliyetlerinde ölçülülük ilkesine uygunluğun sağlanması için temel hak ve özgürlüklere olması gerekenden fazla

müdahale edilmemesi gerekmekte olup, kamu düzeninin sağlanması halinde kolluk faaliyetine son verilmesi de önem teşkil etmektedir. Temel hak ve hürriyetleri özüne dokunarak kısıtlayan sınırlandırmaların, demokratik bir hukuk devleti ile bağdaşması mümkün değildir. Bu nedenle ölçülülük ilkesi hukuk devletinin de olmazsa olmaz unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmada konunun iyi anlaşılması ve uygulamadaki sorunların tespit edilmesi adına öncelikle ölçülülük ilkesi ve kolluk faaliyetleri açıklanmış, daha sonra ise AİHM ve AYM kararları doğrultusunda kolluk faaliyetlerinde ölçülük ilkesi denetiminde uygulanan sınırlara yer verilmiştir.

I. ÖLÇÜLÜLÜK KAVRAMI

Ölçülülük ilkesi, bireylerin temel haklarına önemli müdahaleler içeren uygulamalar sonrasında 19. Yüzyıldan itibaren ilk olarak idare hukuku alanında¹, 20. Yüzyıl ortalarından itibaren ise Anayasa hukuku alanında Almanya’da ortaya çıkan², devletin temel hak ve özgürlüklere hukuka uygun bir şekilde müdahale edebilmesini sağlayan, çerçeve niteliği taşıyan bir ilke olarak kendisini göstermektedir³. Hukuk devleti ilkesi ile gelişen ilke, birçok yasal düzenleme içerisinde de yerini almaya başlamıştır⁴.

Ölçülülük ilkesinin mevzuatımızda doğrudan tanımı bulunmamaktadır. Ancak kısaca ölçülülük ilkesi, hedeflenen sonuç yani amaç ile, söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçların orantılı, elverişli ve gerekli olması anlamına gelmektedir. Bir başka ifade ile ölçülülük, bir önlem ile bu önlemi gerektiren durumların arasında yoğunluk açısından bir uyum olması anlamına gelmektedir⁵. Ölçülülük ilkesine farklı bir yorum ise, İsviçreli hukukçu Fleiner tarafından getirilmiştir. Yazara göre; bireysel özgürlüğün kısıtlanması kesinlikle gerekli olanı aşmamalı ve polis, serçelere topla ateş etmemelidir, aksi durumda ölçülülük ilkesi tehlike altına girecektir⁶.

¹ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlanması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *SDÜHFD* 7, S. 1 (2017): 20; Kolluk tedbirlerinin uygun ve yerinde olması fikri 19. Yüzyılın başlarında dahi düşünülmekte idi; Ulrich Jan Schröder, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, *Ad Legendum*, S. 4 (2015): 331, Erişim Tarihi: Nisan 20, 2023, <https://ulrichjanschroeder.files.wordpress.com/2018/08/grundsatz-der-verhaeltnismaessigkeit.pdf>.

² Federal Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini ilk kez 1968’de tüm alt unsurları ile birlikte değerlendirerek formüle etmiş ve buna bağlı olarak inceleme gerçekleştirmiştir; Schröder, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, 330.

³ Rıdvan Değirmenci, “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, S. 2 (2015): 105, Erişim Tarihi: Ocak, 10, 2023, <https://doi.org/10.32002/ombudsmanakademik.439089>.

⁴ Örnek olarak bkz. Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu 16. madde.

⁵ Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020), 427.

⁶ Fritz Fleiner, *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 1913), 376; benzer çeviriler için bkz. Metin, “Temel Hakların Sınırlanması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, 17; Mehmet Hatipoğlu, “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, *TBB Dergisi*, S. 143 (2019): 185.

Temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek bir sınırlamanın mutlaka ölçülü olması anayasal bir zorunluluktur. Söz konusu sınırlandırmada başvuru araç, amacı gerçekleştirmek için elverişli ise; kullanılan araç, amaç için zorunlu ise ve araç ile amaç arasında orantılılık bulunmakta ise ölçülülük ilkesine uygunluk sağlanmış kabul edilmektedir⁷. Sınırlama ise; bir temel hak ve hürriyetin özüne dokunulmadan yapılan her müdahale olarak ifade edilebilecektir⁸. Her temel hak ve hürriyetin sınırsız bir şekilde kullanılması pek mümkün değildir. Kamu yararının gerektirdiği durumlarda Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler de dikkate alınarak, kanunlardaki düzenlemelere uygun olarak, idare aracılığı ile sınırlandırma yapılması mümkün olacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, sınırlandırmanın sınırsız olmaması ve hesap verilebilir nitelikte olmasıdır. Hukuk devletinin bir zorunluluğunu teşkil eden ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken mutlaka dikkate alınmalıdır⁹.

Ölçülülük ilkesi, pozitif hukuk kurallarının üzerinde yer alan hukukun genel ilkeleri arasındadır¹⁰. Söz konusu ilke olması gerekeni ifade eden doğal hukukun bir parçası olarak, pozitif hukuk kurallarımızı da etkilemektedir. Belirtilen ilke Anayasa dahil, kolluk faaliyetlerinin dayanağını teşkil eden Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (PVSK) gibi birçok kanunda yerini almıştır.

Anayasal düzenlemelerimiz göz önünde bulundurulduğunda, bir temel hak ve hürriyet ister olağan dönemde ister olağanüstü dönemde sınırlandırılınsın, sınırlandırmanın anayasal kural olarak mutlak bir şekilde ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

İdare hukukunda ise ölçülülük ilkesi; idarenin kullandığı araçların, elde etmek istediği amaçlara uyarlanması olarak ifade edilmektedir¹¹. Belirtmek gerekir ki, idarenin işlem ve eylemlerinde ölçülülük ilkesine uygun hareket etmesi anayasal bir zorunluluk olsa dahi, ilkenin düzenlenmesi zorunluluk taşıyan İdari Usul Yasası ve mevcut İdari Yargılama Usulü Kanunu içerisinde yerini alması önem taşımaktadır. Bu yönde yapılacak bir düzenleme ile, idari yargı mercileri tarafından idari faaliyetlere ilişkin hukuka uygunluk denetimi yapılırken, ölçülülük ilkesi ile denetimin etkinliği arttırılacak ve idarenin hesap verilebilirliğinin sağlanması ile takdir yetkisinin kötüye kullanılması halinin önüne geçilmesine katkı sağlanacaktır.

⁷ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), 114; Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2017), 598.

⁸ Pertev Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996), 48.

⁹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, 112.

¹⁰ Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı Hukukta Ölçülülük İlkesi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), 108; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 54.

¹¹ Oğurlu, "Karşılaştırmalı Hukukta Ölçülülük İlkesi", 21; Ramazan Çağlayan, *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 166.

II. KOLLUK FAALİYETLERİ

Kolluk faaliyetleri, ülkenin sükûn ve güvenliğini, sağlık ve düzenini sağlayan, kişilerin şahsına veyahut mallarına gelecek saldırıların önüne geçmeyi amaçlayan idare tarafından ortaya konulan, uyulmadığı takdirde yaptırımlar doğuran tedbir ve hizmetlerin bütünü¹² ve bunun yanında bir suçun vuku bulması halinde suçluların yakalanması, delillerin toplanması ve suçluya cezasının çektirilmesini sağlama faaliyetleri olarak ifade edilebilecektir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kolluk kendi içerisinde adli ve idari olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹³.

İdari kolluk faaliyetleri, genel olarak kamu düzeninin sağlanması amacı ile idare tarafından yürütülen faaliyetler olarak tanımlanabilecektir. İdari kolluk faaliyetleri suç ortaya çıkmadan önce, suçun önlenmesi amacıyla dayanan önleyici kolluk olarak karşımıza çıkmakta iken¹⁴, adli kolluk suç işlendikten sonra devreye giren kolluk türüdür. İdari kolluk faaliyetleri, soyut, genel, bir defa uygulanmakla tükenmeyen, kamu düzenini korumak amaçlı kolluk makamları tarafından yerine getirilen yönetmelik, genel emir gibi düzenleyici idari işlemler ile yerine getirilebileceği gibi, bu düzenleyici kolluk işlemlerinin uygulanması anlamına gelen idari para cezası, faaliyetten men, ruhsat iptali gibi çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilen bireysel kolluk işlemleri ile de yerine getirilebilmektedir¹⁵. Ancak adli kolluk faaliyetleri düzenleyici işlemler ile yerine getirilememekte, bu alanda kişiye özel bireysel işlemler yapılmaktadır¹⁶.

İdari kolluk faaliyeti, genel olarak, kamu düzeninin korunması ve güvenli bir ortamda bireylerin hayatlarını idame ettirmelerini sağlamak için yürütülen kamu hizmetidir¹⁷. Kolluk faaliyetinin amacını oluşturan kamu düzeninin keskin sınırlar içeren bir tanımını yapmak zor olsa da kısa bir tanım ile; kişilerin, güven, huzur ve barış içerisinde hayatını sürdürmesi¹⁸ olarak ifade edilebilecektir. İdarenin kamu düzenini korumak dışında bir başka amaç güderek kolluk faaliyeti yerine getirmesi halinde, idari işlemin amaç bakımından sakatlığı hususu gündeme gelebilecektir.

¹² Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, C. III, 1966), 1476.

¹³ "Polis, jandarma ve sahil güvenlik personelinin idari kolluk faaliyetleri çerçevesinde emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlama, suç işlenmesini önleme görevlerinin yanı sıra adli kolluk faaliyetleri çerçevesinde, işlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapma ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirme görevleri bulunmakla...", AYM Kararı, 13.12.2017, E. 2016/32, K. 2017/168.

¹⁴ "Önleyici kolluğun görev alanı suçun işlenmesini engellemeye yönelik olup ceza hukukunun genel prensipleri gereğince idari para cezası ile cezalandırılması hukuk sistematığının gereğidir. Kaldı ki mevcut düzenlemeler de bu yolda olup bunun tipik örneği 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile getirilen yaptırımlardır", AYM Kararı, 07.06.2005, E. 2004/28, K. 2005/34.

¹⁵ Sururi Aktaş ve Sencer Abdullah Akkoyunlu, "İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri", *EÜHFD*, 20, S. 1-2 (2016): 3.

¹⁶ Çağlayan, *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*, 42.

¹⁷ AYM Kararı, 01.06.2022, E. 2020/97, K. 2022/62.

¹⁸ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 249.

Kamu düzeninin korunması amacı ile yerine getirilen idari kolluk faaliyetleri, kişilerin haklarını sınırlayıcı emir ve yasaklar ile icra edilmektedir. Söz konusu faaliyetler hak doğurucu nitelikte olmayan faaliyetlerdir. İdare, kişilerden yasaklara ve emirlere uyulmasını beklemekte olup uyulmadığı takdirde yaptırım uygulayarak ve hatta gerektiğinde kuvvet kullanarak kamu düzeninin korunmasını sağlamakla yükümlüdür¹⁹.

İdari kolluk faaliyetleri, kamu gücüne dayandığı için; söz konusu faaliyetler bildirim, izin, yaptırım uygulama gibi usullere tabi tutularak idarenin tek taraflı işlemleri ile yerine getirilmektedir²⁰. Dolayısıyla idare, bir faaliyetin yerine getirilmesi için izin verebilir; söz konusu faaliyeti yalnızca bildirim tabi tutabilir; hukuka aykırı yerine getirilen faaliyet hakkında yaptırım uygulayabilir. Belirtilen usuller de aslında kolluk faaliyetlerinin temel hak ve hürriyetler açısından kısıtlamalar doğurduğunu göstermektedir. Mesela toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının bildirim usulüne tabi tutulması aslında bir kısıtlama içermektedir. Zira bildirim usulü öngörülmemiş olsaydı, Anayasa'da yer alan hak hiçbir bilgi verilmeden doğrudan düzenlenebilecekti. Ancak kamu düzeninin sağlanması için kanun ile belli başlı sınırlandırmalar getirilmiş ve bu şekilde kolluk faaliyetleri ile temel hakkın hangi usulle kullanılacağı düzenleme altına alınmıştır.

Adli kolluk faaliyetleri adli makamların emrinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'na dayanarak yerine getirilen, suç oluştuktan sonra fail ve delillerin tespit edilmesi ve akabinde yargı makamlarına teslim edilmesi ile devam eden süreçtir²¹. Yakalama, gözaltına alma, arama gibi faaliyetleri içeren adli kolluk faaliyetleri, idari kolluk faaliyetlerinden daha etkili olarak temel hak ve hürriyetlere müdahale içermektedir.

Hem adli hem de idari kolluk faaliyetleri, temel hak ve hürriyetleri etkiler nitelikte olduğu için mutlaka kanuni dayanağa sahip olmalıdır. Aksi durum, anayasal ilkelere aykırılık teşkil edecektir²². İfade etmek gerekir ki, adli kolluk faaliyetleri, idari kolluk faaliyetlerinden daha fazla kişi haklarına müdahale içerdiği için kanunilik ilkesinin adli kolluk faaliyetleri bakımından daha sert bir şekilde uygulanması bir gerekliliktir²³.

İdari kolluk ve adli kolluk faaliyetleri aynı teşkilat, aynı personel tarafından yerine getirilmektedir. Bu sebeple organik anlamda her iki kolluk arasında farklılık mevcut değildir. Örnek olarak bir trafik polisinin trafiğin aksamadan devam etmesi ve kişilerin tehlikesiz bir şekilde araçlarını kullanmalarını sağlamak için

¹⁹ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 249.

²⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 586.

²¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 586.

²² Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleme altına alan Anayasa'nın 13. maddesinde, sınırlandırmanın ancak kanun ile yapılabileceği belirtilmiştir.

²³ Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 348.

yerine getirdiği faaliyet, idari kolluk faaliyeti iken, trafikte bir ölümlü kaza olması sonucunda durumu yetkili adli mercilere bildirerek ilgileri sevk etmesi, adli kolluk faaliyeti olacaktır²⁴. Dolayısıyla idari kolluk ve adli kolluk organik olarak değil, yukarıda belirtildiği gibi, işlevsel olarak birbirinden ayrılmaktadır.

III. KOLLUK FAALİYETLERİNDE ÖLÇÜLÜLÜK

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklere müdahale ile ilgili her alanda karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu alan, kimi zaman bir yasama faaliyeti; kimi zaman bir kamu görevlisine disiplin cezası verilmesi veyahut da kolluk faaliyetinin yerine getirilmesi gibi durumlardan kaynaklı olarak farklı şekillerde karşımıza çıkabilecektir. Zira ölçülülük ilkesi kişilerin hukuki durumuna etki eden her durumda dikkate alınmalıdır.

Kolluğun bireylerin faaliyetleri hakkında eylem ve işlemlerde bulunması, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması anlamına gelmektedir²⁵. Her kolluk faaliyeti, anayasal güvence altına alınan temel haklar ile bağlantılı durumdadır. Örneğin, kolluğun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenmesine ilişkin tedbirleri, söz konusu hakka; silah ve zor kullanma hakkı kimi zaman yaşam hakkına; yakalama, kişi hürriyetine veyahut yıkım kararı, mülkiyet hakkına sınırlandırma getirmektedir.

Temel hak ve hürriyetler ile sıkı bir bağ içerisinde olan kolluk faaliyetlerinin hukuka uygunluk şartını sağlayabilmesi için Anayasa'nın 13. maddesine uygun şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Belirtilen maddeye göre, temel hak ve özgürlüklere yapılabilecek bir sınırlama kanun aracılığı ile, Anayasa'nın ilgili maddesinde yer alan sebeplere uygun olarak özlerine dokunulmadan, laik Cumhuriyet ve demokratik toplumun gereklerine uygun olacak şekilde ve ancak ölçülü olmak kaydı ile yapılırsa hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir. Kolluk faaliyetlerinin ölçülülüğü, söz konusu faaliyetlerin hukuka uygunluğunu denetlemek adına oldukça önemlidir. Zira belirtilen faaliyetler niteliği gereği temel hak ve hürriyetlere müdahale içermektedir. Kolluk faaliyetleri ile müdahalenin haklı kabul edilebilmesi için öncelikle kolluk faaliyetinin kanuni dayanağa sahip olması ve daha sonra da ölçülü olması yani aşırıya kaçmaması gerekmektedir.

Kolluk faaliyetlerinde ölçülülükten bahsedebilmek için, faaliyetlerin temel hak ve özgürlüklere olması gerekenden fazla müdahale teşkil etmemesi; bu kapsamda idari kolluk için, kamu düzeninin sağlanması amacına ulaşıldığı takdirde faaliyete son verilmesi²⁶, adli kolluk için ise maddi geçeğin ortaya çıkarılması

²⁴ Örnek için bkz. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 251; benzer örnek için bkz. İlhan Özay, *Günlükte Yönetim*, (İstanbul: Alfa Yayınevi, 2002), 494.

²⁵ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 598.

²⁶ Aktaş ve Sencer, "İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri", 2.

için, failerin belirlenmesi, delillerin toplanması gibi faaliyetlerin yerine getirilmesi ile yapılan müdahalenin son bulması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, her temel hak ve özgürlük sınırlandırmaya elverişli değildir. Din ve vicdan, düşünce hürriyeti gibi haklar sınırlandırma yapıldığı takdirde özüne dokunulabilecek haklar olup, söz konusu haklara müdahale edilmesi hakkın niteliğine uygun düşmeyecektir²⁷. Bu sebeple her hak için kolluk faaliyetleri dolayısıyla sınırlandırılma yapılması mümkün olmayacak, sınırlandırmanın niteliğe aykırı düştüğü haklar için kolluk faaliyetinde bulunulması halinde ölçülülük ilkesi doğrudan aşılabacaktır.

Unutmamak gerekir ki ölçülülük ilkesine uygun hareket etme gereği, kanun koyucu ile başlamaktadır²⁸. Kanunların ölçülü olmadığı bir durumda, uygulayıcı konumunda olan kolluğun ölçülü hareket etmesi beklenemeyecektir. Bu sebeple ölçülülük ilkesine uygunluğun yasama organında başladığı kabul edilmeli ve bu konuda yasama organına ciddi bir yükümlülüğün düştüğü ifade edilmelidir. Kolluk faaliyetlerinin dayanağını oluşturan mevzuat düzenlemelerinin ölçülülüğe uygun olmaması halinde, mevzuata uygun yapılan bireysel işlem ve eylem, mevzuat kapsamında hukuka uygun kabul edilecek ancak böyle bir durumda ölçülülük ilkesinin ihlali söz konusu olabilecek ve tam anlamıyla bir hukuka uygunluktan bahsetmek mümkün olmayacaktır. İç hukuk düzenlemelerimize bakıldığında, kolluk faaliyetlerinin çeşitli kanunlarda düzenleme altına alındığı görülmektedir. İlk olarak kolluğun asıl dayanağını oluşturan PVSK incelendiğinde ölçülülük ilkesine aynı isimle olmasa da birçok maddede yer verildiği görülmektedir. Örneğin, Kanun'un 4/A maddesinde "durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz" ifadesi, ölçülülük ilkesinin bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Benzer şekilde 16. maddenin ilk fıkrasında zor kullanma yetkisinin yalnızca direnişi kırmak amaç ve ölçüsüyle yapılması gerekliliği anayasal ilke olan ölçülülük ilkesinin Kanun'daki ifadesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir direnişi kırmak amacından yoksun bir şekilde zor kullanılması veyahut direnişe son verildikten sonra zor kullanmanın devam etmesi, gerekli olmadığı gibi orantılı da olmayacak ve ilkenin ihlaline sebebiyet verecektir. Yine Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 11. maddesinde silah kullanma yetkisi düzenlenmiş olup, düzenlemede yer alan hizmet özelliğine uygun ve görevin gereği çerçevesinde silah kullanma yetkisi, ölçülülük ilkesine dolaylı bir atıf anlamı taşımaktadır. Benzer şekilde Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin de birçok maddesinde ölçülülük

²⁷ Yücel Oğurlu, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi", *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, (2001): 493, Erişim Tarihi: Şubat 7, 2023, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Y.Ogurlu-10.pdf>.

²⁸ Aktaş ve Akkoyunlu, "İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri", 2.

ilkesinin varlığı hissedilmektedir. Örneğin Yönetmeliğin “durdurma ve kimlik sorma yetkisi” başlıklı 46. maddesinin 4. fıkrasında, zorunlu olan sürenin aşılmasına ilişkin düzenleme, ilkenin mevzuatta dikkate alındığını göstermektedir.

Bilindiği üzere idarenin işlemlerini kamu yararına uygun bir şekilde yürütmesi için belli durumlarda idareye takdir yetkisi verilmiştir. İdareye takdir yetkisi verilen durumlarda, yasama faaliyetlerinin orantılı olması tek başına yeterli değildir. Kanunlar aracılığı ile idareye takdir alanı bırakıldığında, yasal takdir hakkının ikinin ölçülülük ilkesine uygun olarak doldurulması gerekmektedir²⁹. Aksi durum idarenin aşırılığına sebep olacaktır. Bir örnek ile açıklamak gerekirse, yürürlükten kaldırılan, Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 38. maddesinin 4. fıkrasında; “toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda; zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gerecin seçimi öncelikle, kuvvetin başındaki komutana aittir” ifadesi takdir yetkisi içermekte idi. Bu sebeple bir ihlale sebebiyet vermemek için, uygulama kısmında takdir hakkının ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanılması önem arz etmekte idi.

Bir kolluk faaliyetinin ölçülü olduğunu kabul edebilmek için, faaliyetin kamuya ve kişilere vereceği zararlar ile sağlamayı amaçladığı yararların değerlendirilmesi gerekmekte olup, zararların fazla olması durumunda ilkenin olması gerektiği gibi uygulandığını kabul etmek mümkün olamayacaktır³⁰.

Kolluk faaliyetinin amacı, kamu düzeninin sağlanmasıdır. Söz konusu amaç, alınacak daha hafif tedbirler ile gerçekleştirilebilecek iken, kişiler açısından daha ağır sonuçlar doğuran bir faaliyetin yerine getirilmesi halinde ölçülülük ilkesinin sınırları aşılmış olacaktır. AİHM de bir kararında, ölçülülük ilkesini, varılmak istenilen amaç ile kullanılan araçlar arasında bir denge olması olarak ifade etmiştir³¹. Dolayısı ile kamu düzenini bozabilecek bir durumun ortadan kaldırılması amacıyla temel hak ve hürriyetlere gereğinden fazla dokunulması ölçülülük ilkesini sekteye uğratacaktır³². Kolluk faaliyetlerindeki ölçülülük denetiminde dikkate alınacak en önemli husus, kamu düzeninin veya kamu güvenliğinin bozulması yönünde tehdit bulunmasıdır. Kamu düzeninin bozulması konusunda herhangi bir ihtimal dahi bulunmazken kolluk yetkileri kullanılmış ise, idari işlemin sebep unsuru bakımından sakatlık meydana gelecek ve ölçülülük ilkesine de riayet edilmemiş olunacaktır³³. Ayrıca belirtilen durumun işlemin diğer unsurlarını da etkileyeceği göz ardı edilmemelidir.

²⁹ Schröder, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, 328.

³⁰ Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 6, S. 12(2007), 52.

³¹ AİHM Kararı, Başvuru No: 16664/07, 15.10.2015.

³² Oğurlu, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, 486.

³³ Oğurlu, “Karşılaştırmalı Hukukta Ölçülülük İlkesi”, 72.

Kolluk faaliyetlerinin amacı kamu düzeninin sağlanması ve kamu yararının gerçekleştirilmesi olduğu için, söz konusu faaliyetler yararlandırıcı değil yükümlendirici, hak yaratıcı değil, sınırlandırıcı faaliyetler olarak karşımıza çıkmaktadır. Kolluk faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun sınırı olan kamu hizmeti ve kamu yararı amacı, özünde temel hakların sınırlandırılması sebepleridir. Kamu yararı dolaylı, kamu hizmeti ise doğrudan bir sınırlama sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır³⁴. Sınırlama sebeplerine uygun davranmak, hukuka uygunluk için yeterli olmayacak ve aynı zamanda ölçülülük ilkesine de uygun davranılması gerekecektir. Söz konusu faaliyetlerin ölçülülük ilkesine uygun olarak icra edilmesi, hukuka uygunluğun sağlanması açısından zorunluluk taşımaktadır. Bir temel hak ve özgürlük, kolluk faaliyeti ile daha az sınırlandırılabilirken daha fazla sınırlandırılmış ise, ölçülülük ilkesine uygunluk söz konusu olmayacaktır. Konuya ilişkin örnek vermek gerekirse; düzenlenecek bir toplantı ve gösteri yürüyüşü için yalnızca erteleme yapılması kamu düzeninin sağlanması açısından yeterli iken, bunun yerine yürüyüşün yasaklanması ölçülülük ilkesine uyulmadığını gösterecektir³⁵. Veyahut da umuma açık bir eğlence yerine idari para cezası uygulanmakla düzeltilebilecek bir ihlalin yerine doğrudan ruhsatın iptali yaptırımının uygulanması ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Kısaca kolluk faaliyetlerinde ölçülülük ilkesine uyulması için öncelikli olarak kişilerin uyarılması, hukuka uygun davranmaları için kendilerine fırsat verilmesi ve süre tanınması, uyarıya uygun davranmayan kişiler için ise en hafiften en ağıra doğru bir önlem sıralamasının takip edilmesi gerekmektedir³⁶. Aksi durum idari kolluk işlemlerini, idari işlemin unsurları bakımından sakat hale getirecek, idari kolluk eylemleri hukuka aykırılık teşkil edecek ve yine aynı şekilde adli kolluk faaliyetleri de amacına aykırı olarak kullanılmış olacaktır.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN UNSURLARI

AİHS’te ölçülülük ilkesi, kolluk açısından doğrudan düzenlenmemiştir. Ancak söz konusu ilkenin Sözleşme’nin geneline hâkim olduğu kabul edilmektedir³⁷. Ayrıca Sözleşme’nin 15. maddesinde, “durumun kesinlikle gerektirdiği” ifadesi ile ve 18. maddesinde “kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz” ifadesi ile anlatılmak istenen özünde ölçülülük ilkesidir.

³⁴ Tekin Akıllıoğlu, “Yönetim Hukukunda İnsan Hakları”, *Yeni Türkiye*, İnsan Hakları Özel Sayısı II, S. 22 (1998), 1278; Oğurlu, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması*, 498.

³⁵ D10.D, 15.09.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084; Benzer örnek için bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2020), 210.

³⁶ Özay, *Günüşişinde Yönetim*, 511; Oğurlu, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması*, 500.

³⁷ Aktaş ve Akkoyunlu, “İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri”, 14.

Ölçülülük ilkesinin unsurları, ulusal mahkemelerimiz tarafından da tıpkı AİHM'nin öngördüğü şekilde benimsenmektedir³⁸. AYM'ye göre; ölçülülük ilkesi üç alt ilkedен oluşmaktadır ve bunlardan elverişlilik ilkesi, tedbirin gerçekleşmesi istenilen amaç için uygun olması; gereklilik ilkesi, tedbirin amaç bakımından zorunluluk teşkil etmesi; orantılılık ilkesi ise, tedbir ve amaç arasında denge olması anlamına gelmektedir³⁹.

Unsurları kapsayacak şekilde bir tanım yapmak gerekirse, ölçülülük ilkesi; temel hak ve hürriyete getirilen sınırlandırmanın, sınırlandırma amacını sağlama konusunda elverişli olması, mutlak zorunlu olması ve belli bir oran dahilinde olması anlamına gelmektedir⁴⁰. Belirtilen unsurlar arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Araç, amacı gerçekleştirmek için uygun olmadığı takdirde orantılılıktan bahsetmek mümkün olmayacağı gibi, böyle bir durumda gereklilik unsurunun da sağlandığını ifade etmek mümkün olmayacaktır⁴¹.

Konumuzun AİHM kararlarında ölçülülük ilkesi olması sebebiyle, tüm unsurları, Yüksek Mahkeme'nin kararları ışığında kolluk faaliyetlerini kapsayacak şekilde değerlendirmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

A. ELVERİŞLİLİK İLKESİ

Kolluk faaliyetlerinde ölçülülük unsurunun sağlanması için, amacın gerçekleştirilmesi konusunda yerine getirilecek kolluk faaliyetinin elverişli olması gerekmektedir. Elverişlilik aslında aracın amaca ulaşma bakımından yetkinliği anlamına gelmektedir⁴². Bilindiği üzere kolluk faaliyetlerinin genel amacı kamu düzenini korumaktır. Söz konusu genel amacın yanında kolluğun unsurları olan, kamu güvenliği, dirlik ve esenlik, genel ahlak ve genel sağlık olarak özel amaçları da bulunmaktadır. İfade etmek gerekir ki, kolluk faaliyetinde bulunma yetkisi, özel amaçlardan birisi için verilmiş iken, başka bir amaç için kullanılır ise yetki saptırması yaptırımının yanında⁴³, ölçülülük ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır.

³⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 114; Alman Hukukundaki uygulamalar için bkz. Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, 112; Matthias Klatt ve Moritz Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", *JUS*, 54, S. 3(2014), 194; Matthias Jestaedt ve Oliver Lepsius, editör, *Verhältnismäßigkeit*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), 63; Alman hukukunda ölçülülük denetimi yapılırken öncelik elverişlilik unsuruna yer verilmekte iken ardından gereklilik ve dar anlamda ölçülülük olan orantılılık unsuru denetimi yapılmaktadır; Philip Kunig, "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi", çev. Burak Çelik, Gökcen Dogan ve Ahmet Çağrı Yıldız, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2019): 161.

³⁹ AYM Kararı, 14.1.2010, E. 2007/68, K. 2010/2; Başvuru No: 2012/1246, 06.02.2014.

⁴⁰ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 114.

⁴¹ Mike Wienbracke, "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2(2013): 148.

⁴² Klatt ve Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", 195.

⁴³ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 601.

Elverişlilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlandırmanın istenilen amaca ulaşmak için katkı sağlaması anlamına gelmektedir⁴⁴. Bir başka ifade ile, “*aracın yardımıyla istenilen neticeye yaklaşılabiliyorsa, araç elverişlidir*”⁴⁵. Amacın tamamen gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır. Amacın kısmen dahi olsa gerçekleşmesi aracın elverişli olması için yeterli olacaktır. Örnek olarak sürücü ehliyeti alınmadan kişilerin araç kullanmasının yasaklanması elverişlilik unsuruna uygun iken, sürücü ehliyeti için belli bir boy aralığı şartının konulması trafik güvenliğini sağlamak açısından önemli olmadığı için elverişli kabul edilemeyecektir⁴⁶. Belirtmek gerekir ki, amaç bakımından elverişli olmak ölçülülük ilkesinin en başta denetlenmesi gereken unsurudur. Zira araç, amacı gerçekleştirmeye uygun değil ise her zaman aşırı olduğunu kabul etmek gerekecektir⁴⁷. Aynı zamanda söz konusu aracın gerekli olduğunu söylemek de mümkün olmayacaktır.

AİHM, elverişliliği amaca uygunluk olarak değerlendirmekle birlikte hürriyetten yoksun bırakmaya ilişkin değerlendirme yaptığı birçok kararında, elverişlilik için ulusal mevzuata uygunluğun yeterli olmadığını, keyfiliğe karşı kişinin korunmasının elverişlilik unsurunun sağlanmasında zorunlu olduğunu ifade etmiştir⁴⁸. Örnek olarak, adli kolluk faaliyetlerinden olan tutuklama kararının uygulanmasının Sözleşme’ye uygun kabul edilebilmesi için, öncelikli olarak ulusal mevzuatlara uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Ancak ulusal mevzuatın keyfi tutuklamalara izin vermesi durumlarında Sözleşme’ye uygunluk söz konusu olmayacaktır⁴⁹. Mahkeme’ye göre bir tedbirin Sözleşme’ye uygun kabul edilebilmesi için iyi niyetli olarak, tutuklama sebebine tamamen bağlı kalınarak, tutuklama yeri ve zamanına dikkat edilerek ve son olarak tedbir süresinin amaca ulaşması için gerekli olan süreyi aşmayarak uygulanması gerekmektedir⁵⁰.

B. GEREKLİLİK İLKESİ

Kamu düzeninin bozulması konusunda herhangi bir tehdit bulunmadan kolluk önlemlerine başvurmak, gereklilik ilkesine uygun olmayacaktır⁵¹. Benzer şekilde herhangi bir suça yönelik eylem bulunmadığı halde adli kolluk tedbirlerini uygulamak ilkeye aykırılık oluşturacaktır. Gereklilik ilkesi, güdülen amacı ger-

⁴⁴ Uçar ve Yereli, “Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak “Ölçülülük” İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, 580.

⁴⁵ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, 9.

⁴⁶ Çağlayan, *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*, 166.

⁴⁷ Wienbracke, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, 150.

⁴⁸ AİHM Kararı, Başvuru No: 6301/7324, T. 24.10.1979, (37) §; Başvuru No: 11364/03, T. 09.07.2009, (72) §.

⁴⁹ AİHM kararı, Başvuru No: 13229/03, 29.01.2008, (67) §.

⁵⁰ AİHM kararı, Başvuru No: 3455/05, 19.02.2009.

⁵¹ Oğurlu, *Karşılaştırmalı Hukukta Ölçülülük İlkesi*, 78.

çekleştirmeye elverişli birden fazla kolluk tedbiri bulunmakta ise, temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale oluşturan tedbirin seçilmesini zorunlu kılmaktadır⁵². Dolayısıyla birden fazla seçenekli kolluk tedbiri ile kamu düzeninin sağlanması mümkün olduğu takdirde, en az sınırlandırma hangisi ile yapılacaksa onun seçilmesi gereklilik unsuru açısından şarttır. İfade etmek gerekir ki; sınırlandırmada kullanılan araç, amacı gerçekleştirmeye elverişli ise, gerekli olup olmadığı incelemesi yapılabilecektir. Zira elverişli olmayan bir aracın gerekli olması mümkün değildir⁵³. Amaca ulaşma konusunda elverişli olan yalnızca bir tedbir bulunmakta ise, söz konusu tedbirin gerekli olmadığı söylenemeyecektir. Birden fazla araç kullanılarak aynı amaca ulaşılma ihtimali olması halinde, en keskin araç, her zaman son çare olarak değerlendirilmelidir⁵⁴.

Örneğin, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına genel olarak erteleme şeklinde bir sınırlandırma getirilebilmesi, ancak daha hafif tedbirler ile kamu düzeninin korunmasının mümkün olmaması konusunda bir tehlikenin mevcut olmasına bağlanabilecektir⁵⁵. Kısacası gereklilik ilkesi, kolluk faaliyeti dolayısıyla alınacak önlemin, aynı başarı şansına sahip, sonuçları daha yumuşak olan başka bir önlemlerle değiştirilip değiştirilemeyeceğinin değerlendirilmesidir⁵⁶.

Düzenlenen bir toplantıya kolluk kuvvetlerinin müdahalesini değerlendirdiği birçok kararında Mahkeme, tedbirlerin ve güç kullanımı içeren müdahalelerin gerekli olabilmesi için kişilerin kolluk kuvvetlerine saldırı içeren eylemlerde bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Kişiler, önceden bilgi vererek barışçıl yollardan haklarını kullanmakta ise, söz konusu gösteride güç kullanılmasının demokratik bir toplum için zorunluluk teşkil etmediği, bu kişilere aşırı güç kullanılmasının ve devamında savcılığa sevk edilmelerinin gereklilik ilkesi ile bağdaşmayacağı, Mahkeme kararlarında vurgulanmaktadır⁵⁷.

AİHM'nin kararları genel olarak değerlendirildiğinde, gereklilik konusunda mutlak zorunluluk olup olmadığının dikkate alındığı görülmektedir⁵⁸. Kolluk

⁵² Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 600; Klatt ve Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", 195; benzer görüş için bkz. YCGK Kararı, 25.11.2014, E. 2013 / 9-841, K. 2014 /513.

⁵³ Wienbracke, "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", 151.

⁵⁴ Fleiner, *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts*, 377.

⁵⁵ AİHM kararı, Başvuru No: 8029/07, 18.06.2013.

⁵⁶ Matthias Klatt ve Moritz Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", 67.

⁵⁷ "Güvenlik güçlerinin sert müdahale etmelerinin ve göz yaşartıcı mühimmatların aşırı kullanımının, başvuruları ve diğer sendika üyelerini kendi menfaatlerini savunmak amacıyla barışçıl gösterilere yasal olarak katılmaktan caydıracak nitelikte olduğu kanaatine varmaktadır. Bu anlamda, Mahkeme, bu türden sert bir müdahalenin, genel olarak vatandaşlar tarafından gösteri yapma haklarının kullanılması üzerinde "caydırıcı bir etki" yarattığı kanısına varmaktadır", AİHM kararı, Başvuru No: 42757/09, 24.02.2015, 28 Ş; Başvuru No: 22729/08 ve 10581/09, 04.02.2020.

⁵⁸ "Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin lafzının, bütünüyle değerlendirildiğinde; 2. fıkrada, öncelikle, kişinin kasten öldürülmesine izin verilen durumların belirtilmediğine, ancak taksirle ölüme yol açabilecek şekilde "güç kullanımının" mümkün olduğu koşulların tarif edildiğine işaret ettiğini hatırlatmaktadır.

kuvvetlerinin silah kullanma yetkisini incelediği bir kararında Mahkeme, olayın sığağı ile karşılık vermek zorunda kalan kolluk personelinin bu durumlarının dikkate alınması gerektiğini aksi durumun, kolluk üzerinde olmaması gereken bir yük doğuracağını ve hayatlarını tehlike altına sokacağını belirtmiştir⁵⁹. Ölçülülük ilkesi, kolluk personelinin görevlerini yerine getirmesine engel olarak yorumlanmamalıdır. Değinen karar ise, aslında söz konusu problemi vurgulamaktadır. Bir kolluk faaliyetinin gerekli olup olmaması hususunda, kolluk personelinin tehlike altına giren hayatı da dikkate alınmalı, hayatını hiçe sayacak bir külfet kendisine yüklenmemelidir.

Mahkeme başka bir kararında ise, mutlak surette gerekli olmanın, demokratik toplumda zorunlu bir tedbir olup olmadığının belirlenmesi ile ortaya konulacağını ifade ederek, söz konusu belirleme yapılırken kolluk personelinin güç kullanarak istem dışı ölüme sebebiyet vermesi halinde, mücbir bir zorunluluk olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶⁰. AİHS'nin 2. maddesine göre yaşam hakkı koruma altına alınmıştır. Belirtilen maddenin 2. fıkrasında ise; yasa dışı şiddete karşı koruma, usule uygun şekilde kişinin yakalanması veya tutulu olan kişinin kaçmasını önleme ve son olarak da ayaklanma ve isyanın usule uygun olarak bastırılması hallerinde zorunlu olan gücün fazlası kullanılmadığı halde ölüm meydana gelmişse yaşam hakkına müdahale oluşmayacağı kabul edilmiştir. Adı geçen maddeden de anlaşılacağı üzere, Mahkeme kolluk kuvvetlerinin güç kullanması dolayısıyla yaşam hakkına yapılan müdahalenin belirli şartlar halinde ihlal sayılmayacağını kabul etmektedir. Ancak ihlal değerlendirilmesi yapılırken mutlak zorunlu olan gücün aşılması gerektiği, maddede belirtilen amaçlar ile müdahalenin aynı oranda olması gerektiği dikkate alınmaktadır⁶¹. Söz konusu ifade ise, gereklilik ilkesinin bir uzantısı şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Benzer şekilde AİHM'nin değerlendirilmesine tabi tutulan bir başvuruda, başvuruçunun kardeşi kolluk personeli tarafından yürütülen operasyonda vurulmuştur. Mahkeme ihlali değerlendirirken öncelikli olarak gereklilik unsurunun operasyonun ölüme sebebiyet verme riskini en aza indirgeyecek şekilde olması gerektiğini vurgulamaktadır⁶². Mahkeme'ye göre mutlak bir zorunluluk olduğu-

Bununla birlikte, a), b) veya c) bentlerinde belirtilen amaçlardan birine ulaşmak için güç kullanımının "mutlak zorunlu" olması gerekmektedir., AİHM kararı, Başvuru No: 50275/08, 22.07.2014; Benzer kararlar için bkz. Başvuru No: 43577/98, 29.03.2011; Başvuru No: 23038/07, 05.06.2012.

⁵⁹ "AİHM, polislerin ölüme sebebiyet verici güç kullandığı benzer operasyonlar için Türkiye hakkındaki açılan davalarla ilgili birkaç kararında, olay hakkındaki değerlendirmesini, olaydan kopuk bir bakış açısı ile, olayın sığağıyla karşılık vermek zorunda kalmış memurların değerlendirmesinin yerine koyamayacağına hükmetmiş, başka türlü bir hükme varmanın Devletler ve görevini ifa etmekte olan kolluk kuvvetleri üzerine gerçekçi olmayan bir yük getirmek, belki de bunların ve diğerlerinin hayatını tehlikeye atmak anlamına geleceğini değerlendirmiştir", AİHM kararı, Başvuru No: 28226/02, 14.10.2008; Başvuru No: 57049/00, 15.02.2007; Başvuru No: 50739/99, 28.03.2006.

⁶⁰ AİHM kararı, Başvuru No: 22729/08 ve 10581/09, 04.02.2020.

⁶¹ AİHM kararı, Başvuru No: 18984/91, 27.09.1995.

⁶² AİHM kararı, Başvuru No: 50385/99, 20.12.2004.

nu kanıtlama yükü kuvvet kullanan kolluk personeline aittir⁶³. Söz konusu ispat sağlanamadığı takdirde gerekliliğin oluşmaması dolayısıyla ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş kabul edilmektedir.

Kamu düzeninin sağlanması ve korunması hakkında değerlendirme, AİHM tarafından özellikle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını konu edinen başvurularda sıklıkla yapılmaktadır. Genel olarak belirtmek gerekirse, Mahkeme toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale ve bu hakkı kullanan kişilerin cezalandırılması konusunda gereklilik ilkesine çoğu kararında yer vermektedir. Belirtilen kararlardan birisinde Mahkeme, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, barışçıl yollar ile yerine getirilmekte ise, bu hakkı kullanan kişilere para cezası verilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ifade etmiştir⁶⁴. Mahkeme'nin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı konusunda verdiği kararlar genel olarak değerlendirildiğinde, kamu yararı ile hak arasında adil denge kurulması gerekliliği dikkat çekmekte olup, kararlarda, barışçıl yollardan haklarını kullanan kişilere bir sınırlandırılma getirilmemesi gerektiği⁶⁵, müdahalenin mutlaka zorunlu sosyal ihtiyaca cevap vermesi gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁶. Müdahalenin gerekli olup olmadığı belirlenirken kamu düzeni için tehlike oluşturan bir durumun varlığı tespit edilmelidir. Kamu düzenine tehlike arz eden bir husus bulunmadığı takdirde kolluk kuvvetlerinin bir toplantı veya gösteri yürüyüşüne müdahalede bulunması dahi gereklilik oluşmadığı için ölçülülük ilkesinin aşılmasına sebep olabilecektir⁶⁷.

Bilindiği üzere dernek kurma hakkının denetlenmesi de kolluk faaliyetlerinin içerisinde yer almaktadır. AİHM, dernek kurma hakkına sınırlandırma getiren bu durumlarda müdahale gerekliliğinin ortaya konulması için derneklerin program ve statülerinin kamu düzenine aykırı amaç taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerektiği görüşünde olup bunun da yeterli olmayacağını, içeriğin eylem ve tutumlar ile karşılaştırılması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁸. Bu şekilde Mahkeme, amaçlar ile faaliyetlerin bağdaşmadığı durumlarda söz konusu derneklere veyahut benzer şekilde siyasi partilere müdahale edilmesinde gereklilik unsurunun gerçekleştiğini kabul etmektedir⁶⁹. Yunanistan aleyhine verilen bir ihlal kararında Mahkeme, belirtilen denetimleri gerçekleştirmiş ve derneğin adında “Türk” ibaresinin bulunması ve Mustafa Kemal Atatürk'ün ilkelerine yer verilmesinin kamu düzenine

⁶³ AİHM kararı, Başvuru No: 10036/03, 20.04.2010.

⁶⁴ AİHM kararı, Başvuru No: 28495/06 ve 28516/06, 17.05.2011, 43 §.

⁶⁵ AİHM kararı, Başvuru No: 11800/85, 26.04.1991, § 53; Başvuru No: 23018/04, 23034/04, 23042/04, 23071/04, 23073/04, 23081/04, 23086/04, 23091/04, 23094/04, 23444/04, 23676/04, 17.07.2008; Başvuru No: 8029/07, 18.06.2013.

⁶⁶ AİHM kararı, Başvuru No: 2008/56395, 09.06.2015; Başvuru No: 44158/98, 17.02.2004.

⁶⁷ AİHM kararı, Başvuru No: 26656/04, 31.01.2012; Başvuru No: 44920/04, 23.02.2010.

⁶⁸ AİHM kararı, Başvuru No: 26482/95, 12.11.2003; Başvuru No: 59491/00, 19.01.2006.

⁶⁹ AİHM kararı, Başvuru No: 26695/95, 10.07.1998, 46 §.

herhangi bir aykırılık oluşturmayacağını, derneğin amacının Batı Trakya Türklerinin kültürünü tanıtmaya ilişkin olduğunu ve bunun faaliyetler ile desteklendiğini, kamu düzeninin bir kültürün tanıtılması amacını edinmiş bir dernek ile tehdit edilemeyeceğini ifade ederek, söz konusu derneğin şiddet, ayaklanma veya başka demokratik ilkeleri reddetme çağrısında buldukları⁷⁰ görülmediğinden derneğin kapatılmasının, dernek kurma hakkına ihlal oluşturduğuna karar verilmiştir⁷¹. Mahkeme'nin söz edilen kararı ile dernek ve siyasi örgütlere ilişkin diğer kararları dikkate alındığında barışçıl yollar ile hakkın kullanılması durumunda, hakka yapılacak müdahalenin demokratik toplumdaki çoğulculuk, hoşgörü gibi temel ilkelere uygun olması gerektiği görüşünde olduğu ortaya çıkmaktadır⁷².

C. ORANTILILIK İLKESİ

Orantılılık ilkesi, adil denge anlamına gelmektedir. Söz konusu ilke, Danıştay ve AYM kararlarında da değerlendirilmektedir. Ancak mahkemeler, ölçülülük ilkesinin alt ilkesini oluşturan orantılılığı, çoğu zaman ölçülülük ilkesi ile aynı anlama gelecek şekilde değerlendirmektedirler⁷³. Oysaki, orantılılık ilkesi, temel hak ve özgürlüğü sınırlanmış kişiye yüklenen külfet ile topluma sağlanan fayda arasında adil bir denge bulunması anlamına gelmektedir⁷⁴. Orantılılık ilkesine göre, temel hakka müdahale ne kadar yoğun ise, müdahaleyi haklı çıkaracak sebebin de aynı şekilde önemli olması gerekmektedir⁷⁵. Orantılılık ilkesine uygunluk belirlenirken somut olaydaki özellikler değerlendirilmeli, kişilere yüklenen külfet onlardan hiç beklenemeyecek kadar ağır olmamalıdır. Bir örnek ile, kolluk personelinin ölüm konusunda yakın tehlike içerisinde bulunduğu bir halde silahını kullanmasının önüne geçilmesi, görevini yerine getirmemesi ve kendi hayatını hiçe sayması anlamına geleceği için bu durumun orantılılık ilkesinin bir zorunluluğu olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

İlkenin sağlanması için öncelikle müdahalenin yoğunluğuna bakılması, daha sonra amacın öneminin dikkate alınması ve amacın öneminin aracı haklı kılıp kılmayacağına değerlendirilmesi gerekmekte olup, bu şekilde orantılılık ilkesinde problem oluşmasının önüne geçilecektir⁷⁶.

⁷⁰ AİHM kararı, Başvuru No: 23885/94, 08.12.1999.

⁷¹ AİHM kararı, Başvuru No: 26698/05, 27.03.2008.

⁷² AİHM kararı, Başvuru No: 74989/01, 20.10.2005, 42 §.

⁷³ "Bireyin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması zorunludur", AYM kararı, Başvuru No: 2013/1614, 03.04.2014; Oğurlu, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi", 497.

⁷⁴ Onur Uçar ve Ahmet Burçin Yereli, "Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak "Ölçülülük" İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi", *Maliye Dergisi*, 176 (2019): 582.

⁷⁵ Klatt ve Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", 196.

⁷⁶ Klatt ve Meister, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", 196.

Kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesi sırasında orantısız güç kullanılıp kullanılmadığı orantılılık unsurunu değerlendirmeyi sağlamaktadır. Özellikle kolluk kuvvetlerinin güç kullanması sonrasında ölümün meydana geldiği hallerde AİHM, orantılılık unsurunu değerlendirme altına almaktadır. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus kanaatimizce, kolluk personelinin görevlerini yerine getirirken kendisi veya başkasının hayatını riske atmasının beklenmemesi gerekliliğidir. Nitekim Mahkeme de bir kararında söz konusu durumu; “*AİHM ayrıca aksi yönde karar vermenin, devletlere ve emniyet güçlerine, görevlerini yerine getirirken, belki de kendilerinin ve diğerlerinin hayatlarına zarar verecek şekilde, gerçekçi olmayan bir yük yüklemek olacağı kanısına varmıştır*”⁷⁷ ifadeleri ile aktarmaktadır. Aksi bir denetim içerisine girmek kolluk personelinin meşru müdafaaada bulunma imkanının dahi ortadan kalkmasına sebep olabilecektir⁷⁸. Zorunlu kılınmadığı sürece fiziksel güç kullanılması orantılılık unsuru ile çelişse dahi⁷⁹, kolluk faaliyeti sırasında kişilerin kendi hayatlarını koruması yaşam hakkı ihlalini oluşturmayacaktır. Fiziksel güç kullanılması halinde bunun mutlak bir tehlikeyi önlemek için gerekli olduğunun kanıtlanması gerekmektedir. Aksi durumda Mahkeme kararlarına konu olan bir olayda olduğu gibi, kişiye sorgu sırasında fiziki güç kullanılması ve kişinin yaralanmasının kendi davranışı için gereklilik arz ettiğinin kanıtlanamaması halinde, ihlal kararı verilebilmektedir⁸⁰. Buradaki ispat yükümlülüğünün, kolluk kuvvetleri üzerinde olduğu ise unutulmamalıdır.

Bu yönde verilen bir kararında Mahkeme; toplantı ve gösteri yürüyüşü meydana geldiği sırada kolluk personelinin kaçmaya çalışan ve yere düşen kişilere müdahalede bulunmasını ve rastgele göz yaşartıcı gaz kullanmasını orantılı kabul etmemiş ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁸¹. Mahkeme kişinin davranışından dolayı zorunlu olmadığı durumlarda fiziksel güç kullanılmasının orantılılık ilkesine uygun olmadığı görüşündedir⁸². Mahkeme’ye göre silahsız ve saldırsız ifa edilen bir toplantı gösteri yürüyüşünde kişilere karşı yapılan muamelenin orantılı olup olmadığını değerlendirmek önemli olup, gösterinin dağıtılması amacı gösterilerek kişilerin yüzüne ve başına vurulan darbeler orantılılık ilkesine uygun düşmemekte, yapılan müdahaledeki gücün aşırı olmadığına kolluk tarafından kanıtlanması gereklilik arz etmektedir⁸³.

Buraya kadar değinilen kararlarından anlaşılacağı üzere Mahkeme genel olarak, fiziki gücün zaruri olmayan ve kişinin davranışına doğrudan karşılık gelme-

⁷⁷ AİHM kararı, Başvuru No: 25052/94, 09.10.1997.

⁷⁸ AİHM kararı, Başvuru No: 28226/02, 14.10.2008.

⁷⁹ AİHM, kararı, Başvuru No: 12850/87, 27.08.1992; Başvuru No: 18896/91, 04.12.1995.

⁸⁰ AİHM kararı, Başvuru No: 44256/06, 10.03.2009; Başvuru No: 43579/98, 06.07.2005.

⁸¹ AİHM kararı, Başvuru No: 42606/05, 23.07.2013.

⁸² AİHM kararı, Başvuru No: 29768/03, 16.12.2008.

⁸³ AİHM kararı, Başvuru No: 49391/99, 10.01.2006; Başvuru No: 73792/01, 17.10.2006; Başvuru No: 23708/05, 21.09.2010.

yen hallerde kullanılmasına karşıdır. Ancak fiziki gücün kullanılmasını zorunlu kılan durumlar ve hatta ölüme sebep olacak eylemlerin uygulanmasının gerekli olduğu haller bulunmaktadır. Söz konusu durumlar orantılılık ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Keza Mahkeme de benzer görüş içeren bir kararında, belli şartlarda kolluğun ölümcül güç kullanmasının mümkün olduğunu, ancak bunun için keyfi uygulamaları ortadan kaldıracak şekilde sınırları belli olan yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir⁸⁴. Söz konusu karardan da anlaşılacağı üzere kolluk kuvvetlerinin güç kullanması doğrudan bir ihlal anlamına gelmemektedir. Ancak güç kullanımı doğrudan ulusal mevzuat ile sistematik bir şekilde kapsamlı olarak düzenlenmelidir. Aksi durum kolluğun görevini yerine getirirken tereddütte kapılmasına veyahut keyfi uygulamalara sebebiyet verebilecektir⁸⁵.

Ateşli silahların kullanılmasını değerlendirdiği bir kararında Mahkeme, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 22. maddesini değerlendirme altına almış ve maddede geçen ““dur” uyarısında bulunulmasına rağmen bu uyarıya uymaması halinde, havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Ancak silâhla karşılığa yeltenilmesi ve sair surette meşru müdafaa durumuna düşülmesi halinde, yetkili memurlar saldırıyı etkisiz kılacak oranda doğrudan hedefe ateş edebilir” düzenlemesinin orantılılık ilkesine uygun yasal bir iyileştirme olduğunu ifade etmiştir⁸⁶. Düzenleme dikkate alındığında kontrolsüz bir yetki verilmediği, gerçekten amacın doğrudan yaşam hakkına bir müdahale değil kolluk kuvvetinin kendisini koruması olduğu dikkat çekmektedir. Bu tür bir yetki verilmediği takdirde kolluk personelinin görevini tereddüt etmeden yerine getirmesi mümkün olamayacaktır.

AİHM toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına bir müdahale olup olmadığını değerlendirdiği bir kararında, kolluk usulleri arasında bulunan izin ve bildirim usulü üzerinde durmuş ve bir toplantı düzenlenmesinin ön izne tabi tutulmasının doğrudan bir ihlale sebep olmadığını vurgulamıştır⁸⁷. Ancak Mahkeme söz konusu kararın devamında ve toplantı ve gösteri yürüyüşüne karşı yapılan müdahaleleri değerlendirdiği birçok kararında kişilerin hemen tepki vermesini gerektiren durumlar baş gösterdiğinde ve silahsız saldırısız eylem gerçekleştirildiğinde bu eylemin önceden bildirilmemesinin doğrudan dağıtılmasını gerektirmediği, aksi durumun orantısız bir kısıtlamaya sebebiyet vereceği görüşünde olduğunu belirtmiştir⁸⁸. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre kamu düzeni ihlalinin söz

⁸⁴ “Bazı şartlar altında kolluk güçlerinin ölümcül güç kullanabilirler. Ancak, kolluk güçleri tarafından gerçekleştirilen operasyonların ulusal hukuk tarafından öngörülmesi gerektiği gibi, keyfi davranış ve istisnalara ve hatta önlenemez kazalara karşı geliştirilmiş uygun ve etkili bir güvence sistemi geliştirmek suretiyle bu hukuk tarafından sınırları iyice çizilmelidir”; AİHM kararı, Başvuru No: 50385/99, 20.12.2004.

⁸⁵ AİHM kararı, Başvuru No: 50385/99, 20.12.2004, 57-59 §.

⁸⁶ AİHM kararı, Başvuru No: 30304/02, 13.01.2009.

⁸⁷ AİHM kararı, Başvuru No: 8191/78, 10.10.1979.

⁸⁸ AİHM kararı, Başvuru No: 8191/78, 10.10.1979; Başvuru No: 74552/01, 05.12.2006; Başvuru No: 20347/07, 05.07.2016; Başvuru No: 10346/05, 07.01.2009.

konusu olmadığı durumlarda kolluk kuvvetlerinin silahsız saldırısız yerine getirilen toplantılar için hoşgörölü olması gerekmekte olup, aksi durumun kolluk faaliyetlerinde orantısızlığa sebebiyet verdiği kabul edilmektedir⁸⁹. Bu sebeple kanaatimizce AİHM kararları doğrultusunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu'nun katı bir şekilde uygulanması ihlallere yol açabilmektedir. Bu konuda barışçıl yollarla yapılacak ani toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenlenmesine ilişkin yeni hükümler getirilene kadar, kolluk görevlilerinin bu konuda kişi hakları lehine kolluk faaliyetlerini yerine getirmeleri, orantılılık ilkesinin ihlalinin önüne geçilmesinde yardımcı olacaktır. Ayrıca haklarını barışçıl yollardan yerine getiren, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını kullanan kişilerin sırf bu sebeple para cezasına çarptırılmasının kişilerin korkuya kapılarak haklarını kullanmaktan çekinmelerine sebep olacağı için orantılılık ilkesi ihlaline sebep olduğu Mahkeme tarafından belirtilmekte⁹⁰ olup, bu konuda da kişilerin temel hakları ile kamu düzeni arasında denge kurulması önem arz etmektedir.

İdari kolluk faaliyetleri içerisinde bulunan hasarlı binaların yıkılması konusunda verilen bir AYM kararında ise, Mahkeme tarafından, onarılabilir durumda bulunan bir binanın yıkılmasının mülkiyet hakkına bir müdahale olduğu ve kişinin gerçek zararı karşılanmadığı için orantısızlık sebebi ile ölçülülük ilkesine aykırı kolluk faaliyeti gerçekleştirildiği ifade edilmiştir⁹¹. Orantılılık unsurunu kanaatimizce oldukça iyi bir şekilde aktaran AYM'nin bir kararında ise; *“uygulanan güç hiçbir biçimde direncin kırılması amacının ötesine taşmamalı ve direnen kişiye eza verdirmeye yönelmemelidir. Bu bağlamda direncin kırılması amacının sağlanması için gereken ölçünün üzerinde kullanılan maddi gücün artık amacından saptığı ve salt fiziksel acı vermeyi hedeflediği sonucuna ulaşılması mümkündür”*⁹² ifadelerine yer verilmiştir. Kanaatimizce de, orantılılık ilkesinin denetiminde asıl olarak kolluk faaliyetinin amacına bakılması gerekmektedir. Güç kullanımı gerçekleştiren bir kolluk faaliyetinde, amaç karşıdaki kişinin tehlikesiz hale getirilmesini sağlamayı aşığı sürece orantılılık ilkesi tehlike altına girmektedir. Belirtilen kararın devamında, Mahkeme, kolluk kuvvetlerinin biber gazı kullanmasını değerlendirmiş ve söz konusu gazın kullanılmasının ciddi sağlık problemlerine sebebiyet verebilmesi nedeni ile ancak başka şekilde kişinin direncinin kırılmasının mümkün olamayacağı durumlarda, orantılı bir güç kullanımı olabileceğini ifade etmiştir⁹³.

⁸⁹ AİHM kararı, Başvuru No: 25691/04, 17.07.2007.

⁹⁰ AİHM kararı, Başvuru No: 56395/08 ve 58241/08, 09.06.2015.

⁹¹ AYM kararı, Başvuru No: 2013/6880, 23.03.2016.

⁹² AYM kararı, Başvuru No: 2019/36978, 26.05.2022.

⁹³ *“Yukarıda belirtilen olası etkileri gözetildiğinde bu tür gazların kullanılması, direncin kırılması için elverişli olan diğer araçların öncelikle denemesi ve bunlardan bir sonuç elde edilememesi veya bir sonuç alınamayacağının somut olayın şartlarında açıkça anlaşılabilir olması koşuluyla hukuka uygun görülebilir”*, AYM kararı, B. No: 2019/36978, 26.05.2022.

SONUÇ

Kolluk faaliyetleri doğrudan temel hak ve özgürlükler ile ilişkisi olan, hatta bu haklara geniş bir şekilde dokunma yetkisi veren faaliyetlerdir. Bu sebeple, söz konusu faaliyetlerin denetimin çok iyi bir şekilde yapılması gerekmektedir. Kolluk faaliyetlerinin denetiminde, idari kolluk faaliyetleri bir idari işlem veya eylem ile yerine getirileceğinden denetimin, idari yargı tarafından yapılması gerekmektedir. Yapılan denetim sırasında, bir işlem söz konusu ise, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olan idari işlem unsurlarına dikkat edilmesi gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin aşılması halinde, amaç unsuru başta olmak üzere işlemin diğer unsurları da tehlike altına girecektir ve devamında idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Kolluk faaliyeti bir eylem ile yerine getirilmiş ise, ölçülülük ilkesinin aşılması sebebiyle doğrudan idarenin hizmet kusuru ortaya çıkabilecektir. Adli kolluk faaliyetleri ise bireysel işlemler ve maddi eylemler aracılığı ile yerine getirilmektedir ve denetim ise, adli makamlar tarafından yapılmaktadır.

İster adli ister idari kolluk faaliyeti olsun, yapılacak denetim sırasında özellikle ölçülülük ilkesi büyük ehemmiyet göstermektedir. Ölçülülük ilkesine uyma zorunluluğu, temel hak ve özgürlüklere yapılacak bir müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamaktadır. Kısaca, bir kolluk yetkisinin meşru olması yani yasal dayanağının bulunması, hukuka uygunluğun sağlanması açısından yeterli değildir. AYM ve AİHM kararları da değerlendirildiğinde, çoğu zaman kolluk faaliyetlerinin meşruluğu konusunda bir problem olmadığı, yasal dayanaklarının bulunduğu göze çarpmaktadır. Oysaki kolluk yetkileri konusunda AİHM tarafından incelenen uyuşmazlıklar, yasal dayanakların mevcudiyetine rağmen ihlal kararı ile sonuçlanabilmektedir. Söz konusu olumsuz durumdaki en büyük etken ise, ölçülülük ilkesine uyum gösterilmemesidir. Alınacak bir kolluk tedbirinde, söz konusu tedbirin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı, amaca ulaşma konusunda elverişli olup olmadığı, aynı şekilde tedbir sonucu ortaya çıkacak durum ile tedbirin amacı arasında bir denge olup olmadığı değerlendirilmektedir. Adı geçen ilkeler ise, ölçülülük ilkesinin unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır. Kolluk yetkileri kullanılırken mutlaka ölçülülük ilkesinin alt unsurlarına sadık kalınmalı, tedbir gerekli değilse uygulanmamalı, amaca ulaşma konusunda uygulanabilecek birden fazla tedbir varsa temel hak ve hürriyetlere en az dokunan kolluk tedbirinin uygulanmasına dikkat edilmelidir. Aksi durum hukuka uygunluğun bertaraf edilmesine sebep olacaktır.

Kanaatimizce kolluk faaliyetleri temel hak ve hürriyetleri doğrudan ilgilendirdiği ve hatta idarenin keyfi uygulamalarının önüne geçmekte önemli bir engel olduğu için özellikle kolluğa ilişkin düzenlemelerde ölçülülük ilkesinin alt unsurlarıyla birlikte açıkça düzenlenmesi ve temel haklara getirilecek sınırlandırmalarda takdir yetkisinin ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde kullanılması sağlanmalıdır. Temel haklara müdahale içeren düzenlemelerin ilkeye aykırı uygulamalara

sebebiyet vermemesi için kolluk personelinin sınırlarını kesin olarak kavrayabileceği şekilde yeniden ele alınması uygun olacaktır. Buna ek olarak denetimin etkili bir şekilde yürütülmesi açısından İdari Yargılama Usulü Kanunu'na, denetim sırasında ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkeleri ile birlikte değerlendirileceği ifadesinin eklenmesi, ölçülülük ilkesinin etkinliğini arttıracak ve uyuşmazlığa bakan hakimin, idarenin yaptığı idari işlem ve eylemlerin denetiminde ölçülülük ilkesini daha sıkı bir şekilde denetlemesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin. “Yönetim Hukukunda İnsan Hakları”, *Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı II*, 22(1998): 1278-1283.
- Aktaş, Sururi ve Akkoyunlu, Sencer Abdullah. “İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri”, *EÜHFHD* 20, 1-2 (2016): 1-25.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Atay, Ender Ethem. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2020.
- Bilgen, Pertev. *İdare Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996.
- Çağlayan, Ramazan. *Kolluk ve Özel Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Değirmenci, Rıdvan. “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2 (2015): 103-120.
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Fleiner, Fritz. *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts*. Tübingen: Mohr, 1913.
- Gören, Zafer. “Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 6, 12 (2007): 39-59.
- Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2017.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, 2020.
- Hatipoğlu, Mehmet. “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, *TBB Dergisi*, S. 143 (2019): 181-220.
- Klatt, Matthias ve Meister, Moritz. “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, *JUS* 54, 3 (2014): 193-199.
- Kunig, Philip, “Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi”, çeviren. Burak Çelik, Gökçen Dogan ve Ahmet Çağrı Yıldız. *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 1 (2019): 159-178.
- Metin, Yüksel. “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *SDÜHFHD*, 7, 1(2017): 1-74.
- Oğurlu, Yücel. “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, *Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan*, (2001): 485-522.
- Oğurlu, Yücel. *Karşılaştırmalı Hukukta Ölçülülük İlkesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III. Cilt, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Özay, İlhan. *Günüşiğında Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınevi, 2002.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Reimer, Philipp. “Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, Ein eterogenes Konzept”, *Verhältnismäßigkeit*, editör. Matthias Jestaedt ve Oliver Lepsius, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, 60-76.

- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- Schröder, Ulrich Jan. “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, *Ad Legendum*, 4 (2015): 327-333, Erişim Tarihi: Nisan 20, 2023. <https://ulrichjanschroeder.files.wordpress.com/2018/08/grundsatz-der-verhaeltnismaessigkeit.pdf>.
- Uçar, Onur ve Yereli, Ahmet Burçin. “Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak “Ölçülülük” İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, 176 (2019): 575-598.
- Wienbracke, Mike. “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2(2013): 148-155.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİNİN ETKİN KORUNMASI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Cansu KOÇ BAŞAR^(**)**

Öz

Eşitlik düşüncesinin gelişimi ile eşitlik ilkesinin ulusal ve ulusüstü hukuki düzenlemelerde yer alması, köklü bir tarihsel mirasa sahiptir. Eşitlik ilkesinin hukuki koruma bulması ise genel itibarıyla ayrımcılık yasağına ilişkin hukuki düzenlemeler ile mümkün olmaktadır. İnsanın sadece insan olmaktan kaynaklanan hakları olarak insan hakları, hiçbir biçimde yaş, mülkiyet, cinsiyet, dil, din, ırk ya da başkaca herhangi bir statü ayrımı gözetilmeksizin herkes için her yerde aynı olmalı ve aynı şekilde uygulanmalıdır. Dolayısıyla insan haklarının ideal görülebilecek tanımından uzaklaşmamak, insan haklarının herkes için fiilen hayata geçirilmesini sağlamak ve eşitlik ilkesini uygulanabilir hâle getirmek adına ayrımcılık yasağının güçlü bir koruma bulması gerekmektedir. Bu bağlamda etkili bir koruma mekanizmasına sahip olması dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ayrımcılık yasağına ilişkin olarak getirilen düzenlemeler özellikle önemli görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 14'te Sözleşme ve Protokollerindeki diğer haklarla bağlı olarak ayrımcılık yasağı düzenlenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol 12 (1)'de ise Sözleşme ve Protokollerindeki diğer haklarla bağlı olmaksızın genel ayrımcılık yasağının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemine dâhil edildiği görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemindeki ayrımcılık yasağı düzenlemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruma mekanizması olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ayrımcılık yasağına ilişkin uygulaması, insan haklarının eşit bir biçimde herkes için hayata geçirilebilmesine yönelik olarak hedeflenen korumanın sağlanmasında önemli bir rol üstlenmektedir. Eşitlik ilkesinin yalnızca soyut bir kavramsal düzenleme olarak algılanmaması, hukuki eşitliğin yanı sıra fiili eşitliğin sağlanmasının gerekliliğinin kavranması ve bunun hukuki düzenlemelerle desteklenerek hayata geçirilmesi bir hedef noktası olarak ifade edilebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında gelişen ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar ise aksayan yönleri de dikkate alınarak bu konuda bir yol haritası oluşturabilir niteliktedir.

Anahtar Kelimeler

Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasağı, Fiili Eşitlik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 14, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol 12, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 28.08.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 04.12.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1351016.

^(**) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı / İzmir, Türkiye.
E-posta: cansu.koc@deu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3597-971X>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

AN EVALUATION ON THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN THE CONTEXT OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND EFFECTIVE PROTECTION OF THE EQUALITY PRINCIPLE

Abstract

The development of the idea of equality and the inclusion of the principle of equality in national and supranational legal regulations have a deep-rooted historical heritage. In general, the principle of equality is legally protected by legal regulations on the prohibition of discrimination. Human rights as arising from only being human, should be the same and applied in the same way for everyone regardless of age, property, gender, language, religion, race or any other status of discrimination. Therefore, in order not to deviate from what could be considered the ideal definition of human rights and to ensure human rights are actually implemented for everyone and to make the principle of equality applicable the prohibition of discrimination should find a strong protection. In this context, the regulations regarding the prohibition of discrimination within the scope of the European Convention on Human Rights are considered particularly important since it has an effective protection mechanism. Article 14 of the European Convention on Human Rights regulates the prohibition of discrimination depending on other rights in the Convention and its Protocols. Additional Protocol 12 (1) to the European Convention on Human Rights incorporate the general prohibition of discrimination in the system, regardless of other rights in the Convention and its Protocols. The non-discrimination regulations in the European Convention on Human Rights system and the European Court of Human Rights as the protection mechanism of the European Convention on Human Rights implementation of non-discrimination play an important role ensuring the targeted protection for realization of human rights equally for everyone. It can be stated as a target point that the principle of equality is not perceived only as an abstract conceptual arrangement, that the necessity of providing de facto equality as well as legal equality is understood and that this is supported by legal regulations. The regulations and practices regarding the prohibition of discrimination developed within the scope of the European Convention on Human Rights are capable of creating a roadmap in this regard, taking into account the failing aspects.

Keywords

Equality Principle, Non-Discrimination, De-Facto Equality, Article 14 of the European Convention on Human Rights, Additional Protocol 12 to the European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

Extended Abstract

The principle of non-discrimination and equality not only makes everyone responsible for their identity and personality development, but also imposes a responsibility on others in embracing differences and affirming basic tolerance. From a historical perspective, it can be said that the development of the idea of equality dates back to Ancient Greece. Similarly, it is seen that the principle of equality and the prohibition of discrimination are included in many national and supranational legal regulations. The issue that arises here focuses more on the development of a non-discrimination practice aimed at achieving de facto equality. Indeed, in generally the principle of equality is legally protected by legal regulations on the prohibition of discrimination. The fact that the prohibition of discrimination finds legal protection and the development of a correct application of the relevant legal regulations can be considered as a prerequisite for achieving de facto equality.

Human rights as arising from only being human, should be the same and applied in the same way for everyone regardless of age, property, gender, language, religion, race or any other status of discrimination. Therefore, in order not to deviate from the ideal definition of human rights and to ensure human rights are actually implemented for everyone and to make the principle of equality applicable the prohibition of discrimination should find a strong protection. In this context, the regulations regarding the prohibition of discrimination within the scope of the European Convention on Human Rights are considered particularly important since it has an effective protection mechanism.

Article 14 of the European Convention on Human Rights regulates the prohibition of discrimination depending on other rights in the Convention and its Protocols. Additional Protocol 12 (1) of the European Convention on Human Rights incorporate the general prohibition of discrimination in the system, regardless of other rights in the Convention and its Protocols. The non-discrimination regulations in the European Convention on Human Rights system and the European Court of Human Rights as the protection mechanism of the European Convention on Human Rights

implementation of non-discrimination play an important role ensuring the targeted protection for realization of human rights equally for everyone. It can be stated as a target point that the principle of equality is not perceived only as an abstract conceptual arrangement, that the necessity of providing de facto equality as well as legal equality is understood and that this is supported by legal regulations. The regulations and practices regarding the prohibition of discrimination developed within the scope of the European Convention on Human Rights are capable of creating a roadmap in this regard, taking into account the failing aspects.

With the aforementioned point of view in this study, firstly, the principle of equality and the prohibition of discrimination will be discussed conceptually. In this context, the different contents of the principle of equality and the various aspects of the prohibition of discrimination will be outlined and the relationship between the principle of equality and the prohibition of discrimination will be emphasized. Then, the regulations of the principle of equality and the prohibition of discrimination in supranational legal documents will be examined by taking into account the historical process and the limits of these regulations will be analyzed. Afterwards this study will focus on the European Convention on Human Rights system regarding the prohibition of discrimination. In this context, article 14 of the European Convention on Human Rights and Additional Protocol 12 (1) will be analyzed. The fact that the prohibition of discrimination regulated in Article 14 of the ECHR is not a stand-alone provision and therefore the need for Additional Protocol 12 will form the center of this review. Different aspects and similar features of the provisions on the prohibition of discrimination regulated in Article 14 of the European Convention on Human Rights and Article 12 (1) of the Protocol will be discussed, and also the way in which both provisions are handled in the European Court of Human Rights practice will be evaluated. At the last stage of the study, the European Court of Human Rights' non-discrimination case law and the method developed in this regard will be discussed.

GİRİŞ

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi, herkesi kimliğinde ve kişiliğinin gelişiminde sorumlu kıldığı gibi farklılıkların benimsenmesinde ve temel hoşgörünün doğrulanmasında başkalarına da sorumluluk yüklemektedir. Söz konusu düşüncenin gelişmesi köklü bir tarihsel mirasa sahiptir. Tarihsel bir perspektifle bakıldığında, eşitlik düşüncesinin gelişiminin henüz Antik Yunan'a dayandığı söylenebilir. Benzer şekilde eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının pek çok ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemede yer aldığı da görülmektedir. Burada ortaya çıkan mesele daha çok fiili eşitliğin sağlanmasına yönelmiş bir ayrımcılık yasağı uygulamasının geliştirilebilmesi noktasına odaklanmaktadır. Nitekim eşitlik ilkesinin hukuki sonuç doğurabilmesi genel itibariyle ayrımcılık yasağına ilişkin hukuki düzenlemeler ve uygulamalar ile mümkün olmaktadır. Ayrımcılık yasağının hukuki koruma bulması ve ilgili hukuki düzenlemelerin doğru bir uygulamasının geliştirilmesi fiili eşitliğin sağlanabilmesi için de bir ön koşul olarak değerlendirilebilir.

Söz konusu bakış açısı ile bu çalışmada eşitlik ilkesinin hukuki güvencesi olarak görülen ayrımcılık yasağı özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) uygulamaları bağlamında ele alınmaktadır.

Bu kapsamda çalışmada öncelikle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramları ele alınacak, ayrımcılık yasağının çeşitli görünümleri üzerinde ana hatları ile durulacaktır. Ayrıca AİHS bağlamındaki ayrımcılık yasağı düzenlemelerinde ve AİHM uygulamasında oluşan yerleşik ayrımcılık yasağı içtihadının oluşmasında

etkili olduğu düşüncesiyle tarihsel olarak ulusalüstü belgelerde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ele alınış biçimleri değerlendirilecektir.

Ardından çalışmada ayrımcılık yasağına ilişkin olarak AİHS sistemine odaklanılacak ve bu bağlamda AİHS madde 14 ve Ek Protokol 12 (1) analiz edilecektir. AİHS madde 14'te düzenlenen ayrımcılık yasağının müstakil bir hüküm olmaması ve temel olarak bu sebeple Ek Protokol 12'ye ihtiyaç duyulması söz konusu incelemenin merkezi olacaktır. AİHS madde 14'te ve Protokol 12 (1)'de düzenlenen ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerin birbirinden ayrılan yönleri ile benzer özellikleri incelenecek ve AİHM uygulamasında her iki hükmün de ele alınış biçimleri değerlendirilecektir.

Çalışmanın son aşamasında ise AİHM'nin ayrımcılık yasağı içtihadı ve bu konuda geliştirilen yöntem ana hatları ile incelenecektir. AİHM'nin ayrımcılık yasağına ilişkin yaklaşımı, farklı muamelenin tespiti ile objektif ve makul bir nedene dayanma ölçütü bağlamında meşru bir amaca yönelme ve ölçülülük kriterleri kapsamında değerlendirilecek ve ayrımcılık yasağı konusunda ispat yüküne ilişkin AİHM uygulaması özellikli görülen noktaları bağlamında ele alınacaktır. Söz konusu incelemede ayrımcılık yasağının içeriğinin ve uygulamasının gelişiminde önemli bir yer tutan cinsiyet ve etnik kökene dayalı ayırım ile dini görüş, mülkiyete dayalı ayırım ve ayrımcılık yasağının konu itibarıyla sınırlandırılmamasını sağlayan "başkaca herhangi bir statü" ayırımının tartışma konusu olduğu bazı kararlar üzerinde özellikle durulacaktır.

I. EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

Ayrımcılık yasağını kavramsal olarak anlamlandırabilmek ve hukuk düzenindeki korumasını analiz edebilmek için eşitlik ilkesi ile ilişkisini ve bu bağlamda ayrımcılığın çeşitli görünümünü değerlendirmek gerekir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kimi zaman eş anlamlı olarak kullanılsalar da içerikleri ve hukuki düzenlemeleri bakımından bu iki kavramın yakından ilişkili fakat eş anlamlı olmadığı yönündeki kanaatle, bu başlık altında öncelikle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı birbiriyle olan ilişkileri bağlamında ve çeşitli görünümüleri dikkate alınarak incelenecektir. Ardından eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının hukuki belgelerdeki ilk düzenlemeleri, bu kavramlara atfedilen hukuki değer dikkate alınarak, değerlendirilecektir.

A. KAVRAMSAL OLARAK EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

Eşitlik ilkesi hukuk devletlerinin bir parçası, temel bir hak ya da bazen sadece devletlerin yönetimine egemen olan bağımsız bir temel ilke olarak kabul edilmektedir. Eşitlik, bir güvence ya da beyanın ötesine geçen pek çok hukuki güvencenin gerçeklik sınırlarını ortaya koyan temel bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır¹. En genel ifadesi ile eşitlik, birden fazla durumun nesnel koşulları

¹ Ebru Karaman, *Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasi Partilerde Kadın Kotası* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 22.

bakımından aynı ya da benzer iseler aynı kurallara bağlı olmaları anlamına gelir. Bu anlamda eşitlik ilkesi, aynı durumlara aynı, farklı durumlara ise farklı kuralların uygulanmasını gerektirir². Eşitlik ilkesinin anlamını ve ayrımcılık yasağı ile ne şekilde ilişkilendirildiğini kavramak bakımından şekli eşitlik ve maddi eşitlik ayrımının ön plana çıktığı görülmektedir.

Şekli eşitlik anlayışında herkesin verili koşullarda eşit olduğu varsayımı esas alınır. Mevcut durumda ayrımcılık yapılmadığı sürece eşitliğin sağlandığı düşünülür. Başka bir deyişle mevcut durumun korunması eşitliğin varlığı için yeterlidir. Maddi eşitlik anlayışında ise şekli eşitlik anlayışından farklı olarak kişi ve kişi grupları arasındaki farklılıklar göz önünde bulundurulur. Hiçbir değişken göz önünde bulundurulmaksızın herkesin eşit olduğu varsayımından yola çıkılmaz. Mevcut durumdaki eşitsizlikler kabul edildiğinden bunların ortadan kaldırılması için geçici özel önlemler gibi çeşitli önlemlere başvurulması gerekli görülebilir³.

Şekli eşitlik ve maddi eşitlik arasındaki ilişki karmaşık ve değişkendir. Bu ilişki çeşitli şekillerde okunabilir. Genel olarak Marksist teoride yapıldığı gibi şekli eşitlik anlayışı ile maddi eşitlik anlayışı bir tahakküm ilişkisi olarak da değerlendirilebilmektedir. Bu bakış açısına göre şekli eşitlik sağlayan haklar somut eşitsizlikleri görmezden gelen, onlardan soyutlanan, var olan eşitsizlik koşullarını olduğu gibi bırakan ve hatta bunu da aşarak eşitsizlikleri kabul edip onları pekiştiren niteliktedir⁴.

Günümüzde hem uluslararası belgelerde hem de iç hukuk düzenlemelerinde yaklaşım farklılıkları ve değişimler görülmekle beraber yaygın olarak şekli eşitlik anlayışının kabul edildiği söylenebilir. Bu yaklaşımda kanun önünde eşitlik ve kanunların eşit koruma öngörmesi, eşitliğin asgari ölçüsü olarak ifade edilmektedir⁵. Şekli eşitlik anlayışı, eğer farklı olma hakkını görmezden gelmeye neden olursa şekli ve maddi eşitliğin birbiriyle yarışması ve bu anlamda bir tahakküm ilişkisinin ortaya çıkması söz konusu olacaktır. Bununla beraber maddi eşitliği göz ardı etmeksizin şekli eşitliğin sağlanması eşitlik ilkesinin asgari ölçütü değil fakat ilk basamağı olarak görülebilir. Nitekim şekli eşitliğin bir ifadesi olan kanun önünde eşitliğin sağlanamaması halinde de farklılıkların korunması ve maddi eşitliğin sağlanması beklenebilir olmayacaktır.

Ayrımcılık yasağı ise eşitlik ilkesini güvence altına alan temel bir ilke olarak kabul edilebilir⁶. Ayrımcılık yasağı ile öncelikle benzer durumlarda olan bireyle-

² Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Gazi Kitabevi, 5. Baskı, 2017), 393.

³ İdil Işıl Gül ve Ulaş Karan, ed. Burcu Yeşiladalı ve Gökçeçiçek Ayata, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011), 5-7.

⁴ Ingo Venzke, ed. Amoroso D., Marotti L., Rossi P., Spagnolo A. and Zarra G., "Foreword: Perspectives on the Principle of Equality", *Perspectives on the Principle of Equality from International and EU Law, Amsterdam Law School Research Paper* (2022-17): 1-2.

⁵ Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, 6, 42.

⁶ Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", *Anayasa Yargısı* 31, Sayı: 1 (2015): 237.

rin eşit muamele görmeleri ve sahip oldukları belirli bir korunan özellikleri nedeniyle onlara daha az elverişli olacak şekilde muamele edilmemesi garanti edilir. Bu ifadenin aksine gelişecek bir muamele “doğrudan ayrımcılık” olarak adlandırılmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde genel ve nesnel haklı bir nedene dayanma savunmasına tâbidir. Aynı zamanda ayrımcılık yasağının güvence altına aldığı eşitlik ilkesine göre, farklı durum ve koşullarda olan bireyler, başkalarıyla aynı esasta belirli fırsatlardan istifade edebilmelerine imkân verecek ölçüye kadar farklı muamele görmelidir. Buna göre, belirli uygulamaları gerçekleştirirken ya da belirli kurallar oluştururken bireylerin hukuki menfaatlerinin aynı şekilde korunabilmesi gereği dikkate alınmalıdır. Bu korumanın aksini oluşturacak muamele ise “dolaylı ayrımcılık” olarak adlandırılır⁷.

Doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık arasında kavramsal bir karşılaştırmaya gidilecek olursa doğrudan ayrımcılığın farklı davranmaya yöneliklik kast, farklı tutum veya davranış ile zarar unsurlarından; dolaylı ayrımcılığın ise tarafsız tutum veya davranış fakat farklı etki ve zarar unsurlarından oluştuğu görülmektedir. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın şekli ve maddi eşitlik arasındaki ayrımla da ilişkili olduğu söylenebilir. Doğrudan ayrımcılık şekli eşitlik anlayışı çerçevesinde kalarak yasal eşitliğin ihlali sonucunu ortaya çıkaracaktır. Nitekim eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına riayet edilmesi için öncelikle beklenen tutum, benzer durumlara benzer davranış geliştirilmesi ve bu yolla şekli ve yasal eşitliğin sağlanmasıdır. Dolaylı ayrımcılık ise doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak fiili olarak ortaya çıkan ayrımcılık durumu kapsamında değerlendirilmektedir. Dolaylı ayrımcılık maddi eşitliğin sağlanması, farklılıkların gözetilmesi ve dezavantajların giderilmesi yaklaşımıyla ele alınır⁸.

Eşitlik ilkesinin bir görünümü de esasen dolaylı ayrımcılıkta işaret edilen farklı olmanın kabul edilmesidir. Farklı olma hakkı farklı olanların öncelikle hukuk önünde eşit olmasını ifade eder. Farklı olmayı bir hak olarak kabul etmek, eşitlik ilkesinin değişik bireysel durumlara uyarlanması ile mümkün olur ve ayrımcılık yasağı bu şekilde hukuksal temellerini bulur. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi, herkesi kimliğinde ve kişiliğinin gelişiminde sorumlu kıldığı gibi farklılıkların benimsenmesinde ve temel hoşgörünün doğrulanmasında başkalarına da sorumluluk yüklemektedir⁹.

⁷ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı* (2010), 21; Ayrıca bkz. AİHM, Case of Burden v. The United Kingdom, Application no. 13378/05, 29 April 2008, prg. 60; AİHM, Case of Biao v. Denmark, Application no. 38590/10, 24 May 2016, prg. 103.

⁸ Mürvet Ece Büyükçalık, *Dolaylı Ayrımcılık Yasağı* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 42-44; Samantha Besson, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, *The International Journal of Children's Rights* 13 (2005): 440.

⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku* (Ankara: İmge Kitabevi, 6. Baskı, 2002), 19.

B. TARİHSEL BİR PERSPEKTİFLE EŞİTLİK İLKESİNİN VE AYRIMCILIK YASAĞININ ULUSALÜSTÜ HUKUKİ DÜZENLEMELERDE YER ALMASI

Eşitlik düşüncesinin ve eşitlik ilkesi ile ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda ayrımcılık yasağının kuramsal gelişiminin köklü bir tarihsel mirasa sahip olduğu söylenebilir. Nitekim günümüzde de özellikle şekli eşitliği ve doğrudan ayrımcılığı incelerken kullandığımız tanım ve kavramlar henüz Antik Yunan düşüncesinde temellerini bulmaktadır. Eşitliğin aynı durumlara aynı, farklı durumlara ise farklı kuralların uygulanması şeklindeki tanımının Aristoteles'in düşüncesine dayandığı görülmektedir¹⁰.

Bununla birlikte eşitlik ilkesinin modern anlamına yaklaşması ve hukuki düzenlemelerde yer bulması modern hukuk devletlerinin ve insan haklarının gelişim süreci ile paralellik göstermektedir. 1215 Magna Carta Libertatum ile başlayarak İngiliz Hak ve Özgürlük Belgeleri ile belirginleşen sınırlı iktidar anlayışının gelişimi, eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının hukuki koruma bulma sürecinde önemli basamaklar olarak görülebilir. Buna karşın söz konusu belgelerde henüz eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağından açıkça bahsedilmemektedir. Eşitlik ilkesi ve bununla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının hukuki belgelerde doğrudan yer alması ancak 18. yüzyılda mümkün olmuştur.

Kuzey Amerika Devletlerinin kuruluş aşamasında anayasalarına ekledikleri Haklar Bildirileri'nden biri olan 1776 Virginia Haklar Bildirisi insanların eşit olduğunu vurgulayarak başlamaktadır. Virginia Haklar Bildirisi'nin ilk maddesine göre insanlar eşit olarak, özgür ve bağımsızlardır ve doğuştan birtakım haklara sahiplerdir. İnsanların topluma katılmakla eşit biçimde sahip oldukları bu haklardan yoksun bırakılmaları söz konusu olamaz. Virginia Haklar Bildirisi'nde kabul edilen eşitlik anlayışına göre eşit haklar ve eşit koşullar herkese aittir ve bu hak ve koşullar devlet öncesinde de vardır. Herkesin sahip olduğu eşit hak ve koşullar insanlara doğa tarafından verilmiştir¹¹.

Virginia Haklar Bildirisi ile beraber modern devletin liberalleşmesinin öncü belgelerinden olan ve liberal anlayışı somutlaştıran 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi de özgürlük ve eşitlik ilkeleri üzerinde durmaktadır. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi modern çağın kamu ilkelerini belirlediği ve kendisinden önceki dönemde etkin olan teokratik devlet anlayışını yıktığı gibi ayrıcalıklara dayanan sınıfsal toplum yapısına da son vermiştir. Virginia Haklar Bildirisi'ne benzer biçimde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde de doğal haklar doktrini kabul edilmiştir. Bu Bildiri'de açıklanan haklar doğal, vazgeçilmez, zaman aşımına uğramaz, dokunulmaz haklardır; çünkü insan sadece insan olarak dünyaya geldiği için bu haklara sahiptir¹².

¹⁰ Bkz. Aristoteles, *Nikomahhos'a Etik*, çev. Saffet Babür (Ankara: BilgeSU Yayınları, 7. Baskı, 2017), 95-96.

¹¹ Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 17. Basım, 2021), 277-278.

¹² Ayferi Göze, *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler* (İstanbul: Beta Yayınevi, 12. Baskı, 2009), 576.

İnsan haklarının günümüzde de en yaygın tanımı olarak kullanılan bu anlayış, esasen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına işaret etmektedir. İnsanın sadece insan olmaktan kaynaklanan hakları olarak insan hakları, hiçbir biçimde yaş, mülkiyet, cinsiyet, dil, din, ırk ya da başkaca herhangi bir ayırım gözetilmeksizin herkes için her yerde aynı olmalı ve aynı şekilde uygulanmalıdır. Bununla beraber hem Virginia Haklar Bildirisi'ndeki hem de Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'deki eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemelerinin şekli eşitlikle sınırlı kaldığını ve tam olarak topluma yayılmadığını söylemek mümkündür. Nitekim Virginia Haklar Bildirisi, Kuzey Amerika ülkelerinin anayasalarına eklenmiştir ve etkililiği ile bağlayıcılığı anayasal nitelik kazanmıştır; ancak bununla beraber Kuzey Amerika ülkelerinde kölelik dahi uzun bir süre daha yasal olarak devam etmiştir¹³.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden sonra da doğrudan Bildiri'nin içeriğine ve esasen eşitlik idealinin eksikliklerine yönelik eleştiriler getiren adımlar atılmıştır. Öncelikle Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'ndeki eşitlik anlayışının cinsiyete dayalı ayrımcılığı önlemeye yönelmediği gerekçesiyle 1791'de Kadın ve Kadın Yurttaşın Hakları Bildirisi'nin yayımlandığı görülmektedir.

1791 Kadın ve Kadın Yurttaşın Hakları Bildirisi "*kadın özgür doğar ve erkeklerle eşit haklara sahip olarak yaşar*" ifadesi ile başlamaktadır. Kadın ve Kadın Yurttaşın Hakları Bildirisi'ne göre, erkekler gibi kadınlar da doğal haklara sahiptir; ancak kadınların doğal haklarını kullanmalarının önünde erkek despotluğu bulunmaktadır. Cinsiyetler arasında doğal hukuka aykırı biçimde gelişen bu eşitsizlik aklın ve doğal hukukun yasaları ile ortadan kaldırılmalıdır. Bildiri'de kanun önünde eşitlik ilkesi de düzenlenmiş, kanun önünde eşit olan kadın ve erkeklerin yeteneklerine göre aynı işlere gelebileceği vurgulanmıştır. Bildiri'de sadece haklar ve özgürlükler bakımından değil külfetler, yükümlülükler ve sorumluluklar bakımından da kadınların ve erkeklerin eşit olduğu belirtilmektedir. Bu anlamda Kadın ve Kadın Yurttaşın Hakları Bildirisi hem cinsiyet eşitliğini hem de bu temelden yola çıkarak genel eşitlik ilkesini konu edinmektedir¹⁴.

1796'da ise Gracchus Babeuf adı ile tanınan François-Noel, Eşitlerin Manifestosu'nu yayımlamıştır. Fransız Devrimi sonrası gelişen komünist hareketin öncülerinden olan Babeuf, gazetesinde yayımladığı Eşitlerin Manifestosu'nda

¹³ Köleliğin yasal olarak kaldırılması yaşanan iç savaş sonrasında 1865 yılında mümkün olmuş, ancak yasal olarak kaldırılan köleliğin fiili olarak ortadan kalkması da zaman almıştır, bkz. Sedat Gümüş, "ABD'de Irkçılıkla Mücadelenin Tarihi Temelleri ve Eğitiminin Bu Süreçteki Rolü", *İnsan ve Toplum* 10, Sayı: 4 (2020): 559.

¹⁴ Olympe de Gouges, "*Kadın, Uyan!*" *Kadın ve Kadın Yurttaş Hakları Bildirisi*, çev. Berna Günen (İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınları, 2019), 30-48; Ute Gerhard, "Menschenrechte auch für Frauen: Der Entwurf der Olympe de Gouges", *Kritische Justiz* 20, Sayı: 2 (1987): 145-149; Ece Göztepe, "Kadın ve Kadın Yurttaşın Hakları Bildirgesi Olympe de Gouges (7 Eylül 1791)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45, Sayı: 1 (1996): 185-189; Mehmet Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey ve Özgürlük* (İstanbul: Legal Yayınevi, 3. Baskı, 2016), 294-295.

fiili eşitlik üzerinde durmuş ve bunun sağlanabilmesi için toprağın herkese ait olması gerektiğini söylemiştir¹⁵.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde yer alan eşitlik ve özgürlük anlayışının insan hakları hukuku doktrininin temellerini oluşturduğu söylenebilir. Bildiri, modern devletin liberalleşmesinin, sınırlı ve denetlenebilir bir iktidar oluşturmanın genel ilkelerini ortaya koyarken aynı zamanda modern anlamda insan hakları hukukunun temel değerlerinin de kılavuzu olacak niteliktedir. Cinsiyet eşitliği, fırsat eşitliği gibi hem kavramsal hem de pratik genişlemelere ihtiyaç duymakla beraber Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi eşitlik fikrini güçlü bir biçimde dile getirmiştir. Bu aşamadan sonra ise eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ulusalüstü insan hakları hukukunun gelişimi ile paralel olacak biçimde ulusalüstü düzeyde korunması sürecinin başladığı görülmektedir.

Fransız Devrimi sonrası, devrimin fikri alt yapısı Avrupa topraklarında yayılmaya başlamıştır; ancak Fransız Devrimi'nin insan hakları fikrini, birkaç istisna dışında, ulusalüstü sözleşme ya da belgelerde görmek mümkün değildir. Bahsedilen az sayıdaki istisnalardan biri, Viyana Kongresi'nde kabul edilen 8 Şubat 1815 tarihli Zenci Ticaretine Karşı Bildiri'dir. Bildiri'de, katılımcı devletlerin köle ticaretine karşı alacakları önlemler üzerinde durulmaktadır. Atılan bu adım, Fransız Devrimi'nin insan hakları anlayışına ulusalüstü koruma sağlanması konusunda alınan sonuçlardan biri olarak değerlendirilebilir. Köle ticaretine karşı başlatılan mücadele, 20. yüzyılın başında kadın ticaretine yönelik mücadelenin başlamasının da önünü açmıştır. 1904 ve 1910 tarihli Paris Antlaşmaları ile 1921 ve 1933 tarihli Cenevre Antlaşmaları sözleşmeciler devletlerin, kadın ticaretini önlemeye yönelik alacakları tedbirler konusunda hükümler içermektedir. Sözü edilen bu belgeler, köle ve kadın ticaretine yönelik alınması gereken önlemleri belirlemiştir¹⁶. Bahsi geçen bildiri ve sözleşmeler, ulusalüstü insan hakları hukukunun kurumsallaşma sürecinin önemli basamakları olduğu gibi ırk, sınıf ve cinsiyet temeline ayrımcılıkla mücadele konusunda ulusalüstü düzeydeki çabanın görünür hale gelmesini de sağlamıştır.

Birinci Dünya Savaşı sonrası ise ulusalüstü toplumun oluşumunda bir dönüm noktası olmuştur. Savaş sonrasında artan bağımlılık ilişkisi ile beraber evrensel ve demokratik nitelikli, çok uluslu bir kurumsal birliğin oluşturulması yönündeki ilk girişim olan Milletler Cemiyeti ortaya çıkmıştır¹⁷. Milletler Cemiyeti'nin kurucu belgesi olan Milletler Cemiyeti Misakı açıkça ayrımcılık yasağını düzenlememiş olsa da ayrımcılık oluşturan temel dayanaklara ve yaygın sorunlara ilişkin düzenlemeler içermektedir.

¹⁵ Coşkun Can Aktan, "Mülkiyet Hakları Felsefesi", *Emek ve Toplum* 7, Sayı: 18 (2018/2): 199-200.

¹⁶ Andreas Haratsch, *Die Geschichte der Menschenrechte* (Potsdam: Universitätsverlag, 4. Auflage, 2010), 67-68.

¹⁷ Luciano Tosi, "The League of Nations: An international relations perspective", *Uniform Law Review* 22 (March 2017): 148.

Milletler Cemiyeti Misakı madde 23'e göre üye devletler, hem kendi ülkelerinde ve hem de ticari ve endüstriyel ilişkilerinin bulunduğu tüm ülkelerde erkekler, kadınlar ve çocuklar için adil ve insancıl çalışma koşullarını güvence altına almaya ve bu koşulları devam ettirmeye ve bu amaçla gerekli uluslararası organizasyonlar kurarak bunları sürdürmeye çalışacaktır. İlgili maddede ayrıca üye devletlerin, kadın ve çocuk ticareti ile mücadele etmeleri gereği de ele alınmıştır¹⁸.

Milletler Cemiyeti daha çok uluslararası barışın sağlanmasını hedef almış ve kurucu belgesi ile de bu hedefe yönelik düzenlemeler getirmiştir. Bununla beraber Milletler Cemiyeti Misakı, insan hakları hukuku alanına yaklaşan düzenlemeler de içermektedir. Milletler Cemiyeti Misakı konumuz özelinde erkekler, kadınlar ve çocuklar için adil çalışma koşullarından bahsederek ve kadın ticareti ile mücadeleye ilişkin özel bir hükme yer vererek özellikle cinsiyet temellinde ayrımcılıkla mücadele edileceği ve istihdamda fırsat eşitliğinin sağlanmasının amaçlanacağı fikrini ulusalüstü düzeyde ortaya koymuştur.

Milletler Cemiyeti, devletlerin isteksizlikleri de dâhil olmak üzere çeşitli sebeplerle hedeflerine ulaşamamış ve çalışmalarını sonlandırmıştır. Milletler Cemiyeti deneyiminin ardından ise İkinci Dünya Savaşı sonrasında Birleşmiş Milletler (BM) kurulmuş, ulusalüstü düzeyde insan haklarının korunması ve bununla beraber eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının koruma bulması bakımından bir dönüm noktası yaşanmıştır.

BM'nin kurucu belgesi olan 1945 BM Şartı, insan hakları koruma sisteminin de temel belgesi konumundadır. Şart'ta insan haklarının korunmasının BM'nin temel amaçlarından biri olacağı belirtilmiş, bu anlamda BM ve kurucu belgesi, insan haklarının korunmasında kurumsallaşma sürecinin de çıkış noktası olmuştur¹⁹. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ise özel bir madde ile BM Şartı'nda düzenleme bulmadığı görülmektedir. Nitekim BM Şartı, kendine ait bir insan hakları kataloğu içermemektedir; fakat buna karşın Şart'a göre, BM'nin hedeflerinden biri ırk, cinsiyet, dil ya da din farkı gözetmeksizin herkes için insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesinin sağlanmasıdır²⁰. BM'nin hedeflerinin ortaya konulduğu bu ilk aşamada insan haklarının sağlanması amacı ifade edilirken "*ırk, cinsiyet, dil ya da din farkı gözetmeksizin*" denilerek esasen bir ayrımcılık yasağı tanımlamasının yapıldığı söylenebilir.

Ayrıca BM Şartı'nın Başlangıç Bölümü'nde, temel insan haklarına, insan onuru ve değerine, kadınlar ve erkekler ile büyük ve küçük ulusların eşitliğine olan inancın yeniden teyit edildiğine; adaletin ve antlaşmalardan ve diğer ulusla-

¹⁸ Covenant of the League of Nations, erişim 26 Mart 2023, <https://www.refworld.org/docid/3dd8b9854.html>.

¹⁹ Abdurrahman Eren, *Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), 209.

²⁰ Haratsch, *Menschenrechte*, 70.

rarası kaynaklardan doğan yükümlülükler saygının sağlanması için gerekli koşulların oluşturulacağına; daha geniş bir özgürlük alanı içinde sosyal ilerlemenin ve daha iyi yaşam standartlarının destekleneceğine karar verildiği ifade edilmiştir. Şart'ın Başlangıç Bölümü'nde yer alan bu açıklamalarda ulusların eşitliğinin yanı sıra cinsiyet eşitliğinin de ayrıca vurgulandığı görülmektedir. BM Şartı'nın insan haklarını konu alan maddelerinde de yine ilkesel olarak ırk, dil, din ya da cinsiyet farklılıklarının gözetilmeyeceği ortaya konulmaktadır. BM Şartı madde 1 (3)'te; ekonomik, sosyal, kültürel ya da insancıl nitelikli uluslararası sorunların çözümü için ve hiçbir ırk, cinsiyet, dil ya da din farklılığı gözetilmeksizin insan hakları ile temel özgürlüklere saygının desteklenmesi ve teşvik edilmesi için uluslararası iş birliğinin sağlanmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Şart'ın 13 (1) (b) maddesinde ise BM Genel Kurulu'nun ekonomik, sosyal, kültürel alanlar ile eğitim ve sağlık alanlarında uluslararası işbirliğini destekleyeceği ve hiçbir ırk, cinsiyet, dil ya da din farkı gözetmeksizin insan hakları ve temel özgürlüklerin gerçekleştirilmesini güçlendireceği ifade edilmektedir. BM Şartı madde 55 (c)'de ise BM'nin, uluslar arasında eşit haklar ve halkların kendi kaderini tayin hakkı ilkelerine saygı temelinde, barışçı ve dostane ilişkilerin geliştirilmesi için gerekli olan istikrar ve refah koşullarının sağlanması amacıyla hiçbir ırk, cinsiyet, dil ya da din farkı gözetmeksizin insan haklarına ve temel özgürlüklere evrensel saygıyı ve riyeti destekleyeceği ifade edilmektedir. Şart'ın 76 (c) maddesinde ise Şart madde 1'de belirlenen amaçlara uygun olarak vesayet rejiminin temel amaçlarından birinin hiçbir ırk, cinsiyet, dil ya da din farkı gözetmeksizin insan haklarına ve temel özgürlüklere saygının ve dünya halklarının karşılıklı dayanışmasının teşvik edilmesi olduğu ortaya konulmuştur²¹. Bu bağlamda kendine ait bir insan hakları kataloğu içermemekle beraber BM Şartı'nın çeşitli maddelerinde insan haklarına yönelik düzenlemeler getirdiği ve bu maddelerin formülasyonunda ayrımcılık yasağına riayet edileceği vurgusunun yer aldığı görülmektedir.

BM'nin kuruluşunun ardından kısa bir süre sonra kabul edilen ve bugün için de insan hakları hukukunun standartlarını belirleyen Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB) ise eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ayrıca ele almış ve özel hükümlerle düzenlemiştir. BM Genel Kurulu'nda kabul edilen 1948 EİHB, "*insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan insan onurunun ve bunların eşit ve devredilemez haklarının tanınmasının temel özgürlükler, adalet ve dünya barışı için temel esaslar olması*" yönündeki açıklaması ile başlamaktadır. Bildiri'nin Başlangıç Bölümü'nün devamında yer alan otuz maddenin ilk iki maddesinde, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı üzerinde durulduğu görülmektedir. Bildiri'nin ilk maddesinde ifade edildiği üzere "*tüm insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar.*" Bu anlamda EİHB'nin ilk maddesinde eşitlik ilkesinin düzen-

²¹ Birleşmiş Milletler Şartı için bkz. Charter of the United Nations, erişim 28 Mart 2023, <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>.

leme bulduğu görülmektedir. Bildiri madde 2’de ise “herkesin, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başkaca bir görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da herhangi başka bir ayırım gözetilmeksizin bu Bildiri’de yer alan tüm hak ve özgürlüklerden yararlanacağı” ortaya konulmuştur. Ayrıca EİHB madde 7’de kanun önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve her türlü ayrımcılığa karşı herkese kanunlar önünde eşit koruma sağlanması gereği ortaya konulmuştur²². EİHB madde 7’de kanun önünde eşitlik ilkesi, EİHB madde 2’de ise ayrımcılık yasağı konu edinilmiştir. EİHB madde 2’de “başkaca herhangi bir ayırım” ifadesine yer verilerek ayrımcılık konuları üzerinde herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. EİHB’de yer alan ayrımcılık yasağı tanımının, bu Bildiri’den sonra kabul edilen ulusüstü insan hakları hukuku belgeleri üzerinde etkili olduğu söylenebilir. Nitekim Bildiri’de yapılan ayrımcılık yasağı tanımına benzer tanımların kendisinden sonra kabul edilen ulusüstü belgelerde de ortaya konulduğu görülmektedir.

Sözü edilen bağlamda BM ikiz sözleşmelerinden Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’ne (MSHS) bakıldığında, Sözleşme madde 2’de EİHB ile uyumlu olarak “Sözleşmeye taraf her devlet kendi topraklarında ve yetki alanında bulunan tüm bireyler için ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başkaca bir görüş, ulusal ya da sosyal köken, doğum ya da başkaca bir statü ayırımı gözetmeksizin bu Sözleşmede tanınan tüm haklara saygı göstermeyi ve bu hakları sağlamayı taahhüt eder” şeklindeki ayrımcılık yasağı tanımlamasının yapıldığı görülmektedir²³. BM ikiz sözleşmelerinden bir diğeri Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) madde 2’de de MSHS ile örtüşecek biçimde ayrımcılık yasağının düzenlendiği görülmektedir²⁴.

Bahsi geçen iki Sözleşme’de yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin iki maddede de ayrımcılık yasağı ikincil ve özerk olmayan maddeler olarak düzenlenmiştir. Nitekim madde metinleri, ilgili sözleşmelerde düzenlenen haklar bakımından ayrımcılık yapmamayı garanti etmektedir. Bu bakımdan hem MSHS madde 2’de hem de ESKHS madde 2’de yer alan ayrımcılık yasağı düzenlemesi sözleşmelerde düzenlenen haklarla bağlı tutulmuş ve bu anlamda konu bakımından sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda MSHS madde 2 ve ESKHS madde 2, çalışmanın devamında ele alınacağı üzere AİHS madde 14’ün getirdiği ayrımcılık yasağı korumasının kapsamı ile örtüşmektedir. MSHS madde 26’da ise sözleşmede düzenleme bulan haklarla sınırlı kalınmayarak ayrımcılık yasağının düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda ilgili maddede öncelikle herkesin kanun önünde eşit olduğu ortaya

²² Universal Declaration of Human Rights, erişim 1 Mart 2023, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/PDF/NR004388.pdf?OpenElement>.

²³ International Covenant on Civil and Political Rights, erişim 1 Nisan 2023, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

²⁴ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, erişim 1 Nisan 2023, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.

konulmuştur. Buna göre, yasaların her türlü ayrımı yasaklaması gerekmektedir. Yasalar ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başkaca bir görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da başkaca bir statü gibi herhangi bir ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin etmelidir. MSHS madde 26'da yer alan düzenleme, ayrımcılık yasağını herhangi bir hak ya da konu ile sınırlandırmamıştır. Bu anlamda MSHS madde 26 ile çalışmanın devamında açıklanacağı üzere genel ayrımcılık yasağının düzenlendiği AİHS Ek Protokol 12 (1)'de düzenlenen genel ayrımcılık yasağının benzer bir yaklaşımla ele alındığı söylenebilir²⁵.

Ulusalüstü insan hakları hukukunun kurumsallaşma sürecinin başlaması ile beraber ortaya konulan ve günümüzde de varlığı ve etkililiği devam eden ulusalüstü belgelerde ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Belirli bir ölçüde birbirleri ile örtüşen tanımlar içermekle beraber ulusalüstü belgelerde ortaya konulan ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerin kapsamı ise ayrıca değerlendirme konusu haline gelmektedir. Esasen ayrımcılık yasağının düzenleme bulduğu ulusalüstü insan hakları hukuku belgelerinin genelinde görülen kapsam değerlendirmesi, AİHS için de geçerlidir. Bu bağlamda çalışmanın devamında AİHS sisteminde ayrımcılık yasağının düzenleniş biçimleri ele alınacak, ayrımcılık yasağının Sözleşme ve Protokollerindeki haklar ile sınırlandırılmış şekilde ele alındığı AİHS madde 14 ve genel ayrımcılık yasağının düzenlendiği Ek Protokol 12 üzerinde durulacaktır.

II. AİHS MADDE 14 VE EK PROTOKOL 12

AİHS insan haklarına saygı yükümünü düzenlediği ilk maddesinde, taraf devletlerin kendi yetki alanlarında bulunan herkese bu sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmayı sağlamakla görevli olduğunu belirtmektedir. Sözleşme madde 14'te ise ayrımcılık yasağı ayrıca düzenlenmiş; ancak ayrımcılık yapmama ilkesi AİHS'te düzenleme bulan hak ve özgürlüklerle sınırlandırılmıştır²⁶. Çalışmanın bu bölümünde AİHS madde 14'ün sınırları üzerinde durulacak ve bu bağlamda genel ayrımcılık yasağını düzenleyen Ek Protokol 12'ye duyulan ihtiyaç ele alınacaktır. Bu bölümde ayrıca AİHM'nin AİHS madde 14 ile Ek Protokol 12'ye ilişkin uygulamasına da Mahkeme'nin ayrımcılık yasağına yaklaşımı bağlamında yer verilecektir.

A. AİHS MADDE 14: EŞİTLİK İLKESİ BAKIMINDAN SINIRLI BİR KORUMA

AİHS madde 14'e göre, *“Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başkaca bir görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlığa aidiyet, mülkiyet, doğum ya da başkaca herhangi bir statü gibi herhangi bir ayrımcılık gözetilmeksizin güvence altına alınmalıdır.”*

²⁵ Bkz. Besson, “The Principle of Non-Discrimination”, 442-443.

²⁶ AİHS için bkz. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 15, erişim 2 Nisan 2023, <https://rm.coe.int/1680a2353d>.

Bu bağlamda Sözleşme’de ayrımcılık yasağına ilişkin olarak özel bir hükme yer verilmiş ve “*başkaca herhangi bir statü*” ifadesi kullanılarak ayrımcılığa neden olabilecek korunan özellikler bakımından da bir sınırlandırmaya gidilmemiştir.

AİHS madde 14 ile aynı ya da benzer durumda olan bireylerin haksız farklı muameleye karşı korunması amaçlanmaktadır. Karşılaştırılabilir durumlar arasında ortaya çıkması muhtemel bir farklı muamele, ancak objektif ve makul bir nedene dayanması, bu bağlamda meşru bir amaca yönelik olması ve kullanılan araç ile amaç arasında ölçülülük ilkesine uyulmuş olması halinde ayrımcılık yasağını ihlal etmeyebilir²⁷. Söz konusu yaklaşımla AİHM kararlarında, gerekli ve ölçülü görülen geçici özel önlem uygulamalarının ayrımcılık yasağı ihlali olarak değerlendirilmediği görülmektedir. Bu bağlamda AİHS madde 14, sadece eşit durumdakilere eşit muamele yapılması şeklinde değerlendirilmemekte ve şekli eşitlik anlayışıyla sınırlı kalmamaktadır. AİHM, mevcut durumda ortaya çıkmış olan eşitsizlikle orantılı olarak eşitsiz durumdakilere eşitsiz muameleyi de uygun görebilmekte ve maddi eşitliğe yönelik bir koruma sağlamaktadır²⁸. Nitekim AİHM kararlarında, AİHS’nin ilk maddesinde de üzerinde durulan eşitlik ilkesinin genel prensiplerine uymamak esas itibarıyla AİHS madde 14 bağlamında ayrımcılık yasağını ihlal olarak yorumlanmaktadır²⁹. Dolayısıyla hedeflenen, şekli eşitlikle sınırlı kalmayarak maddi eşitliğin sağlanması ve bu yöndeki çabaların desteklenmesidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki AİHM kararlarında, cinsiyete dayalı ayırım gibi konularda objektif ve makul bir nedene dayanma ölçütünün “çok önemli nedenlerin varlığı” şeklinde oldukça dar kapsamlı bir değerlendirmeye tâbi tutulduğu da görülmektedir³⁰. Cinsiyet eşitliği örneği üzerinden bakıldığında bu konuda vermiş olduğu kararlarda AİHM, Avrupa Konseyi üyesi devletler için cinsiyet eşitliğini sağlamanın en önemli hedeflerden biri olduğunu ayrıca vurgulamakta ve dolayısıyla cinsiyete dayalı farklı muamelenin “çok önemli nedenlere” dayanması gerektiğini ortaya koymaktadır. AİHM’nin aynı yöndeki yaklaşımını etnik kökene ve ırka dayalı farklı muamele konusunda da ortaya koyduğu görülmektedir. Bu konu çalışmanın bir sonraki bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Başka bir taraftan AİHS madde 14 metnine bakıldığında söz konusu ayrımcılık yasağı düzenlemesinin, ayrımcılığın ortaya çıkmasına neden olabilecek olası kaynakları bakımından değil, fakat ayrımcılığın konusuna ilişkin olarak bir sınırlama içerdiği görülmektedir. Nitekim AİHS madde 14 düzenlemesi, MSHS

²⁷ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 8. Baskı, 2009), 400.

²⁸ Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 337.

²⁹ Fazıl Altınordu, *AİHS’ne Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk Hukukunda Gelişimi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 23.

³⁰ Bkz. AİHM, *Case of Schuler-Zraggen v. Switzerland*, Application no. 14518/89, 24 June 1993, prg. 67; AİHM, *Case of Karlheinz Schmidt v. Germany*, Application no. 13580/88, 18 July 1994, prg. 24.

madde 2 ve ESKHS madde 2 için de bahsedildiği üzere bağımsız bir düzenleme değildir. AİHS madde 14 ile ortaya konulan ayrımcılık yasağı, AİHS ve Ek Protokollerinde düzenlenen hak ve özgürlükler bağlamında, onlarla sınırlı olarak ve onları tamamlayacak şekilde formüle edilmiştir.

AİHS, Ek Protokollerle ve AİHM içtihatlarıyla kapsamı genişlemiş ve genişlemekte olan bir sözleşmedir. Buna karşın Sözleşme’de düzenlenen haklar genel itibariyle kişisel haklarla sınırlıdır. Bu bakımdan AİHS’nin düzenleme getirdiği haklar, kendisine taraf olan pek çok ülkenin ulusal yasalarından da daha dar kapsamlıdır³¹. Ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşme madde 14 ise AİHS’te düzenlenen ve dar kapsamlı olan bu haklarla ve Ek Protokollerde düzenlenmiş haklarla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla AİHS madde 14 kapsamında genel itibariyle kişisel haklar ile sınırlı, bağımsız olarak ele alınamayan, tamamlayıcı nitelikte bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi ortaya çıkmıştır.

AİHS madde 14, Sözleşme’de düzenlenen diğer haklara bağlı ve bu anlamda diğer hakların tamamlayıcısı bir hüküm olarak düzenlenmekle beraber AİHM içtihatlarında hükmün içeriğinin genişleyebildiği görülmektedir. AİHM, Sözleşme maddelerinde ayrımcılık yasağı ele alınmadan ihlalin olmadığını tespit ettiği durumlarda, ayrımcılık yasağı ile beraber konu değerlendirildiğinde ihlal kararı verebilmektedir³². Dolayısıyla AİHS ya da Ek Protokollerinde düzenlenen haklar bakımından tek başına ihlal olmayan durumlarda, ayrımcılık yasağı değerlendirilerek ihlal kararları ortaya çıkabilir. Buna karşın yine de AİHM koruma sisteminde ayrımcılık yasağı Sözleşme ve Ek Protokollerinde düzenlenen hakların konusu ile sınırlı kalmaktadır. Bu bağlamda AİHS çerçevesinde diğer haklarla bağlı olmaksızın müstakil bir hak olarak ayrımcılık yasağının düzenlenmesi gerekli görülmektedir ve nitekim Ek Protokol 12 ile bu ihtiyaca cevap verilmiştir.

B. AİHS EK PROTOKOL 12: EŞİTLİK İLKESİ BAKIMINDAN GENEL BİR KORUMA

AİHS, Sözleşme metninde eşitlik ilkesinin yanı sıra özel bir hükümle ayrımcılık yasağına yer vermiş; ancak Sözleşme’de ayrımcılık yasağının düzenlendiği madde 14 hükmü, AİHS’te yer alan diğer haklarla bağlı ve tek başına ileri sürülemeyen, tamamlayıcı bir hüküm olarak formüle edilmiştir. Dolayısıyla AİHS sisteminde özerk bir hüküm olarak ayrımcılık yasağının düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

AİHS Ek Protokol 12’ye ilişkin Açıklayıcı Rapor’da da AİHS madde 14’ün sınırları üzerinde durulduğu görülmektedir. Açıklayıcı Rapor’da belirtildiği üzere AİHS madde 14, MSHS madde 26 ya da EİHB madde 7 örneklerine bakıldığında

³¹ Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin Yayınları, 2. Baskı, 2018), 496; Eren, *Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması*, 546.

³² Bkz. AİHM, Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28 May 1985, prg. 71; AİHM, Case of Emel Boyraz v. Turkey, Application no. 61960/08, 2 December 2014, prg. 40-42; AİHM, Case of Hülya Ebru Demirel v. Turkey, Application no. 30733/08, 19 June 2018, prg. 27-30.

ayrımcılık yasağına diğer ulusalüstü sözleşmelere nazaran daha dar bir koruma alanı oluşturabilmiştir. Bunun temel nedeni ise AİHS madde 14'ün ayrımcılık yasağını bağımsız bir hüküm olarak düzenlememesi ve yalnızca Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükler bakımından ayrımcılığı yasaklamasıdır³³.

Açıklayıcı Rapor'da son yıllarda kadın ve erkek eşitliği ile ırkçılıkla mücadele konularında önemli adımların atıldığı ve bu konulardaki çalışmaların ivme kazandığı belirtilmektedir. Rapor'da uzun bir süredir AİHS'ye getirilecek ek protokollerle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı konusunda daha güçlü bir koruma sağlanması yönünde önerilerin bulunduğu da ifade edilmektedir³⁴. Esasen AİHM içtihatları ile AİHS madde 14'ün sınırları genişleyebilmektedir. AİHM, AİHS madde 14'ü geniş yorumlamakta, örneğin dolaylı ayrımcılık olarak görülen konuları ilgili madde kapsamında değerlendirebilmektedir. Buna karşın AİHM içtihatlarında ayrımcılık yasağının geniş bir perspektifle değerlendirilmesi de madde metninin açık sınırları dolayısıyla yeterli görülmemektedir³⁵.

Açıklayıcı Rapor'da ayrımcılık yasağının koruma alanını genişletecek ve güçlendirecek bir ek protokole duyulan ihtiyacın ortaya konulduğu ve bu ihtiyaç bağlamında özellikle ırka ve cinsiyete dayalı ayırım konusundaki endişelerin ön planda tutulduğu görülmektedir. Bu bakımdan ayrımcılık yasağının özerk bir hüküm olarak ele alınması, AİHS'te düzenlenen diğer haklarla bağılı olmaksızın tek başına koruma bulması amaçlanmış ve ilk maddesinde genel ayrımcılık yasağının düzenleme bulduğu Ek Protokol 12 kabul edilmiştir.

4 Kasım 2000 tarihinde imzaya açılan Ek Protokol 12, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Nisan 2023 itibariyle bu Protokol'ü onaylayan devlet sayısı 20'dir. Türkiye ise 18 Nisan 2001 tarihinde Protokol'ü imzalamış; ancak onaylamamıştır³⁶.

Protokol'ün Başlangıç Bölümü'nde yer alan ifadeler, bu Protokole duyulan ihtiyacın nedenlerini ortaya koymaktadır. Ek Protokol 12'nin başlangıç bölümünde *“AİHS çerçevesinde genel bir ayrımcılık yasağının kolektif olarak uygulanması ile tüm bireylerin eşitliğini desteklemek için daha fazla adım atılması konusunda kararlı olunduğu”* belirtilmektedir³⁷.

³³ Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.2000, erişim 4 Nisan 2023, <https://rm.coe.int/09000016800cce48>, prg. 1.

³⁴ Explanatory Report to the Protocol No. 12, prg. 2.

³⁵ Explanatory Report to the Protocol No. 12, prg. 2-3; Janneke Gerards, “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* (February 2013): 100.

³⁶ Chart of signatures and ratifications of Treaty 177, erişim 10 Nisan 2023, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=177>.

³⁷ AİHS Ek Protokol 12 için bkz. Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.2000, erişim 10 Nisan 2023, https://www.echr.coe.int/documents/library_collection_p12_ets177e_eng.pdf.

Protokol'ün ilk maddesine göre; “*yasal olarak koruma altına alınmış olan herhangi bir haktan yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da herhangi bir başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da herhangi başkaca bir statü ayrımı gözetilmeksizin güvence altına alınacaktır. Hiç kimse ilk paragrafta belirtildiği şekilde, hiçbir biçimde, hiçbir kamu makamı tarafından herhangi bir ayrımcılığa maruz bırakılmayacaktır.*”

Ek Protokol 12 madde 1’de düzenlenen ayrımcılık yasağı AİHS madde 14’ten farklı olarak Sözleşme’de düzenlenen haklarla sınırlı kalmaksızın ayrımcılık yasağını koruma altına almaktadır. Bu Protokol ile beraber ayrımcılık yasağı tek başına AİHM yargılamasının konusu haline gelmiştir. Dolayısıyla Ek Protokol 12 ile AİHS sistemine dâhil edilen, ayrımcılık yasağının müstakil olarak uygulanmasıdır. Bunun ötesinde ayrımcılık yasağı, AİHS madde 14’ten farklı biçimde tanımlanmış değildir. Ayrımcılık yasağının içeriği aynı olmakla beraber maddi uygulama alanı genişlemiş, daha doğru bir ifade ile AİHS madde 14’te olduğu gibi bu alan sınırlandırılmamıştır³⁸.

Başka bir taraftan belirtmek gerekir ki Ek Protokol 12’nin kabul edilmesi AİHS madde 14’ü ilga etmemekte ya da değiştirmemektedir. Bu Protokol’ün kabulü, AİHS madde 14’ün sınırlı uygulama alanı nedeniyle ortaya çıkan ihtiyaca cevap verebilecek niteliktedir. Protokol içerik itibariyle AİHS madde 14 ile örtüşmekte; ancak bununla beraber bu maddenin sınırlarını aşarak ayrımcılık yasağına Sözleşme’de düzenlenen diğer haklarla bağlı olmayan bir koruma getirmektedir. Ek Protokol 12’yi onaylayan devletler bakımından da AİHS madde 14’ün geçerliliği devam edecek, karşılaşılması muhtemel bir yorum sorununda ise AİHM içtihatları belirleyici olacaktır³⁹.

Ek Protokol 12 düzenlemesi ile AİHS madde 14 karşılaştırıldığında içerik itibariyle Protokol’de kamu makamları tarafından yapılabilecek ayrımcılığın ayrıca vurgulandığı da dikkat çekmektedir. Ek Protokol 12 (1)’de yer alan kamu makamı ifadesi, idari makamları işaret edebileceği gibi yasama ve yargı organlarını da kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır⁴⁰. Ek Protokol 12’de ayrımcılık yasağına getirilen bu ek açıklama ile bireylerin özellikle kamu makamlarından kaynaklanan bir ayrımcılığa maruz kalmamaları amaçlanmaktadır. Buna göre ilgili hüküm öncelikle ulusal hukukta özel olarak tanınan bir hakkın kullanılmasına ilişkindir. Bununla birlikte ilgili hüküm aynı zamanda, bir kamu makamının ulusal hukuktan kaynaklanan bir hakkın kullanılmasında açık bir şekilde yükümlülüğü olduğu durumlarda, bir kamu makamının takdir yetkisini

³⁸ Gerards, “The Discrimination”, 101.

³⁹ Explanatory Report to the Protocol No. 12, prg. 33.

⁴⁰ William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford University Press, 2015), 1186.

kullanması halinde ve bir kamu makamının eylem ya da ihmali halinde ortaya çıkabilecek ayrımcılığın önlenmesini de amaçlanmıştır⁴¹.

Ek Protokol 12’de yer alan bahsi geçen açıklama, ayrımcılık yasağının sınırlarını genişletmektedir. Ek Protokol 12 öncelikle ayrımcılık yasağının AİHS madde 14’ün “Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanma” olarak belirlediği sınırlarını aşmış, ardından hiç kimsenin hiçbir biçimde, hiçbir kamu makamı tarafından herhangi bir ayrımcılığa maruz bırakılmayacağını ortaya koyarak ayrımcılık yasağı bakımından “yasa ile korunan haklar” kapsamının da ötesine geçmiştir.

AİHM’nin de ayrımcılık yasağına ilişkin olarak önüne gelen ilgili davalarda Ek Protokol 12 (1)’in kapsamına dikkat çektiği görülmektedir. Adli işlemlerde kullanılan dile ilişkin olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına dayanan *Paun Jovanović v. Serbia* davasında başvuran, AİHS madde 6 ile beraber AİHS madde 14’ün ve Ek Protokol 12 (1)’in ihlal edildiğini öne sürmüştür⁴². AİHM davanın konu bakımından kapsamı konusunda yaptığı değerlendirmede öncelikle AİHS madde 14’ün “Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükler bakımından” ayrımcılık yasağını koruma altına aldığını buna karşın Protokol 12 (1)’de genel ayrımcılık yasağının düzenlendiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda AİHM, Ek Protokol 12 (1)’de düzenlenen ayrımcılık yasağının “yasa ile öngörülen herhangi bir hak” kapsamının da ötesine geçtiğini belirtmiş ve bunun temel dayanağının hiç kimsenin herhangi bir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılmayacağı yönündeki düzenleme olduğunu belirtmiştir⁴³. AİHM ilgili kararında ayrıca, AİHS madde 14 ile Ek Protokol 12 (1)’in ayrımcılık yasağını aynı anlam ve içerikte tanımladığını dolayısıyla Ek Protokol 12 (1)’in uygulamasında ayrımcılık yasağına ilişkin yerleşik içtihadın geçerli olduğunu da ortaya koymuştur⁴⁴.

Bahsi geçen bilgi ve değerlendirmeler bağlamında bu aşamada son olarak belirtmek gerekir ki AİHS madde 14 ve Ek Protokol 12 (1), anlam ve içerik olarak aynı olup kapsam bakımından Ek Protokol 12 (1) daha geniştir. Dolayısıyla AİHM önünde Ek Protokol 12 (1)’in incelendiği durumlarda, AİHS madde 14’ün ayrıca değerlendirilmesine gerek olmayacaktır. Benzeri bir yaklaşımla AİHM yargılamasında, AİHS’nin ya da Ek Protokollerinin ayrımcılık yasağı dışındaki bir başka maddesinin öncelikle ele alındığı ve bu madde ile beraber AİHS madde 14’ün incelendiği bir durumda da ayrıca Ek Protokol 12 (1)’in değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır. Çalışmanın devamında ayrımcılık yasağının AİHM uygulamasına yer verilecektir. Bu bağlamda kapsam bakımından değil fakat içerik bakımından AİHS madde 14 ve Ek Protokol 12 (1) aynı olduğundan ve Ek Protokol 12 (1) bağlamında AİHS madde 14’e ilişkin yerleşik içtihat geçerli görüldüğünden her iki düzenlemeye ilişkin kararlar beraber değerlendirilecektir.

⁴¹ Explanatory Report to the Protocol No. 12, prg. 22.

⁴² AİHM, *Case of Paun Jovanović v. Serbia*, Application no. 41394/15, 7 February 2023, prg. 1-3.

⁴³ *Case of Paun Jovanović v. Serbia*, prg. 58-59.

⁴⁴ *Case of Paun Jovanović v. Serbia*, prg. 74.

III. AİHM YARGILAMASINDA AYRIMCILIK YASAĞI

AİHS madde 14 ve Ek Protokol 12 (1) ile düzenlenen ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler, AİHM içtihatları ile somutlaşmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme'nin ayrımcılık yasağına ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirmelerde izlediği yol çalışmanın bu bölümünde ele alınacaktır. Sözü edilen kapsamda farklı muamelelerin tespiti ve objektif ve makul nedene dayanma ölçütü bağlamında ayrı ayrı değerlendirilen meşru bir amaca yönelme ve ölçülülük kriterleri AİHM kararları kapsamında ele alınacaktır. Bu bölümde son olarak özellikli görülen yönleri ile sınırlı kalınarak AİHM yargılamasında ayrımcılık yasağına ilişkin ispat yükü konusu incelenecektir.

A. AYRIMCILIK YASAĞININ DEĞERLENDİRMESİNDE İZLENEN YOL

AİHM, ayrımcılık yasağına ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarda öncelikle bazı inceleme basamaklarını tamamlamaktadır. Mahkeme ilk aşamada aynı ya da benzer durumda olanlara karşı farklı muamele yapıp yapılmadığını ya da farklı durumda olup farklı muamele görmesi gerekenler arasında gerekli muamele farkının ayrımcılık yaratmayacak biçimde uygulamasının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmektedir. Eğer aynı muameleyi gerektiren bir durumda farklılık var ya da farklı muameleyi gerektiren bir durumda farklılık yoksa Mahkeme ikinci inceleme aşamasına geçmekte ve ortaya çıkan durumun objektif ve makul bir gerekçeye dayanıp dayanmadığını değerlendirmektedir. Bu aşamada AİHM, özellikle meşru bir amacın olması ile kullanılan araçlarla amaç arasında ölçülülüğün sağlanması gereklerini takip etmektedir⁴⁵.

Çalışmanın bu bölümünde AİHM yargılamasında ayrımcılığın tespiti, objektif ve makul nedenlerin değerlendirilmesi, ölçülülük testi ve ispat yükü konuları ayrıntılandırılarak incelenecektir. Bu noktada hatırlatmak gerekir ki AİHM yargılamasında AİHS madde 14'te ve Ek Protokol 12 (1)'de düzenlenen ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler aynı içtihat içerisinde birleşmektedir. Nitekim ilgili düzenlemeler farklı kapsamlara sahip olmakla beraber ayrımcılık yasağını içerik olarak aynı biçimde ele almaktadır. Dolayısıyla bu bölümde yapılacak olan incelemede de AİHM'nin AİHS madde 14 ve Ek Protokol 12 (1)'e ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar beraber ele alınacaktır.

1. Farklı Muamelelerin Tespiti

Ayrımcılık yasağı kavramsal olarak eşitlik ilkesi ile beraber ele alınmakta ve hukuki düzenlemelerinde bu içeriğe uygun bir koruma bulmaktadır. Söz konusu bağlamda AİHM yargılamasında da ayrımcılık yasağına ilişkin olarak yapılan ilk değerlendirme konusu, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilecek bir farklı muame-

⁴⁵ ECHR, Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, Prohibition of discrimination, 31.08.2022, 16.

lenin varlığının tespiti diğer bir deyişle ayrımcılığın var olup olmadığıdır. Eşitlik ilkesi ile ilişkilendirilebilecek dolayısıyla ayrımcılık yasağının konusu olabilecek bir farklı muamelenin tespiti için ise karşılaştırılabilecek aynı ya da benzer durumların varlığı gerekmektedir.

AİHM önünde görülen *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık* davasında dava konusu olay, Birleşik Krallık yasalarına göre ülkede yerleşik bulunan kadınlarının eşlerinin, ülkede yerleşik bulunan erkeklerin eşlerinin ülkeye yerleşmesi konusunda daha ağır koşulların bulunmasına ilişkindir. AİHM yargılamasında evli kadınlar ve evli erkekler bakımından farklı muamelenin ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda dava, başvuranların iddiaları arasında yer alan ırk ve doğum temelinde ayrımcılığın oluşmadığı tespiti ile beraber cinsiyete dayalı ayırım temelinde ele alınmıştır⁴⁶. Bu aşamada AİHM evli erkeklerin ve evli kadınların karşılaştırılabilir durumda olan kişiler olduklarını ortaya koymuş, karşılaştırılabilir durumda olan bu kişiler arasında Birleşik Krallık yasalarına göre farklı muamelenin oluştuğunu tespit etmiş ve bu farklı muamelenin kaynağının cinsiyet farkı temeline dayandığını ifade etmiştir.

Sejdić ve Finci v. Bosna Hersek davasında ise kendilerini Roman ve Yahudi kökenli olarak tanımlayan başvuranlar her ne kadar Bosna Hersek vatandaşı olsalar da Bosna Hersek yasalarına göre ülkenin kurucu halkları arasında olmadıkları için Millet Meclisi ve devlet başkanlığı seçimlerine aday olamadıkları gerekçesi ile AİHM önüne gitmişlerdir⁴⁷. Mahkeme Bosna Hersek vatandaşları arasında etnik kökene dayalı bir ayırım yapıldığını belirterek davayı bu kapsamda ele almış ve etnik kökene dayalı bir ayırımın ırk temelinde ayırım olarak kabul edildiğini vurgulamıştır⁴⁸. Bu bağlamda dava konusu olayda yapılan inceleme Ek Protokol 1 (3)'te düzenlenen serbest seçim hakkı ile beraber AİHS madde 14 ve Ek Protokol 12 (1) kapsamında olmuştur. İlgili kararda serbest seçim hakkı bağlamında değerlendirilen Millet Meclisi seçimlerine ilişkin olarak Ek Protokol 1 (3) ile AİHS madde 14'ün ihlal edildiğine karar verilmiştir. Çalışmada daha önce üzerinde durulduğu gibi AİHS madde 14'ün ihlali tespiti sonrasında aynı konu ile ilgili olarak Ek Protokol 12 (1)'in incelenmesine gerek kalmamıştır. Söz konusu kararda da bu yönde açıklama yapılmış ve Millet Meclisi seçimleri için ayrıca Ek Protokol 12 (1) değerlendirilmemiştir⁴⁹. AİHM, ilgili davanın konularından bir diğeri olan devlet başkanlığı seçimleri ile ilgili olarak ise öncelikle bu konunun Ek Protokol 1 (3) kapsamına girip girmediğinin tespitinin yapılmasına gerek olmadığını, konunun tartışmalı olması sebebiyle, ortaya koymuştur. Kararda üzerinde durulduğu üzere Ek Protokol 12 (1), AİHS ve Protokollerinde düzenle-

⁴⁶ Bkz. Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, prg. 70-89.

⁴⁷ AİHM, Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, Applications nos. 27996/06 and 34836/06, 22 December 2009, prg. 8.

⁴⁸ Bkz. Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, prg. 42-45.

⁴⁹ Bkz. Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, prg. 46-51.

nen haklarla bağlı olmaksızın genel ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. AİHM, başvuranların etnik kökenleri dolayısıyla aday olamadıkları devlet başlandığı seçimlerine ilişkin olarak Ek Protokol 12 (1)'in ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁰.

İhlal kararı vermemekle beraber *Chabauty v. Fransa* davasında ise AİHM, avlanmaya ilişkin olarak küçük ve büyük toprak sahipleri arasında ortaya çıkan muamele farkını mülkiyete dayalı ayrımcılık temelinden yola çıkarak incelemiştir⁵¹. AİHM, *Palau-Martinez v. Fransa* davasında ise dini görüşlerinin çocuklarının menfaatlerini ihlal edebileceği gerekçesiyle çocuklarının velayetlerini almayan annenin başvurusunu ayrımcılık yasağı bağlamında ele almıştır⁵².

Kararlarda görüldüğü üzere AİHM, ayrımcılık yasağı incelemesinde farklı bir muamelenin olup olmadığını tespitini yaparken ayrımcılık oluşturabilecek muameleyi ortaya koymakta, bu bağlamda aynı ya da benzer durumda olanlarla bir karşılaştırmaya gitmekte ve farklı muamele oluşturabilecek durumu açıklarken bunun hangi temele dayandığını açıklamaktadır. Farklı muamelenin tespiti sırasında ayrımcılık yasağına ilişkin olarak getirilen AİHS madde 14 ve Ek Protokol 12 (1) hükümlerinde ayrımcılığın dayanağına ilişkin bir kısıtlamaya gidilmediği de bu aşamada tekrar hatırlanabilir. İlgili hükümlerde açıkça sayılan cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da herhangi bir başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet ve doğum ayrımcılık yasağına konu olabilecek farklı muamelenin sınırlı sayıdaki dayanakları değildir. Nitekim AİHS madde 14 ve Ek Protokol 12 (1)'de düzenlenen ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerde açıkça sayılan ayrımcılık dayanaklarının yanı sıra “başkaca herhangi bir statü” farkı gözetilemeyeceği de ifade edilerek ayrımcılığa dayanak oluşturabilecek konuların sınırlı olmadığı ortaya konulmuştur.

Bahsi geçen bağlamda örnek vermek gerekirse *Yiğit v. Türkiye* davasında da AİHM, AİHS madde 14'e ilişkin incelemeye giderken bu maddede sayılan nedenlerin sınırlı sayıda olmadığını, bu nedenlerin bir örneklendirme olduğunu ifade etmiştir⁵³. Dava konusu olayda başvuran, dini evlilik yaptığını söylediği partnerinin ölümünden sonra resmi evlilikte kazanılan maaş ve sağlık sigortasına ilişkin hakların kendisine sağlanmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının düzenlendiği Ek Protokol 1 (1) ile AİHS madde 14'ün ihlal edildiğini ileri sür-

⁵⁰ Bkz. *Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, prg. 53-56.

⁵¹ AİHM, *Case of Chabauty v. France*, Application no. 57412/08, 4 October 2012, prg. 55-57; Benzeri yöndeki karar için bkz. AİHM, *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, 29 April 1999, prg. 95.

⁵² Bkz. AİHM, *Case of Palau-Martinez v. France*, Application no. 64927/01, 16 December 2003, prg. 42-43.

⁵³ AİHM, *Case of Şerife Yiğit v. Turkey*, Application no. 3976/05, 2 November 2010, prg. 78; Başkaca herhangi bir statü ayrımı ifadesi Mahkeme tarafından geniş yorumlanmaktadır, bkz. AİHM, *Case of Carson and other v. The United Kingdom*, Application no. 42184/05, 16 March 2010, prg. 70; AİHM, *Case of Kiyutin v. Russia*, Application no. 2700/10, 15 September 2011, prg. 56-57.

müştür⁵⁴. Bu bağlamda AİHM, resmi evlilik yapanlar ile yapmayanları benzer durumda olan kişi grupları olarak değerlendirmiş ve söz konusu iki durum arasında “başkaca statü farkı” kapsamında farklı muamelenin ortaya çıktığına kanaat getirmiştir⁵⁵.

Farklı muamelenin tespiti ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucunu doğrudan ortaya çıkarmayacaktır. Karşılaştırılabilir durumlar arasındaki farklı muamelenin makul ve nesnel bir nedene dayanıp dayanmadığı, bu bağlamda meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı ve demokratik toplum gereklerine uyup uymadığı incelemesi ile uygulamanın ölçülü olup olmadığı değerlendirilecektir. Sözü edilen yaklaşımla *Yiğit v. Türkiye* davasında da farklı muamele tespit edilmiş; ancak bununla beraber meşru bir amaca yönelme ile ölçülülük ilkeleri ayrıca değerlendirme konusu olmuştur. Diğer davalarla beraber *Yiğit v. Türkiye* davasına ilişkin meşru bir amaca yönelme ile ölçülülük ilkesine ilişkin AİHM değerlendirmelerini çalışmanın devamında yer verilecektir.

2. Meşru Bir Amaca Yönelme

Ayrımcılık yasağına ilişkin olarak AİHM içtihatları incelendiğinde, ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken öncelikle karşılaştırılabilir iki durum arasında benzerlik olup olmadığı incelemesinin yapıldığı ve bu incelemede benzer durumların varlığına kanaat getirilirse farklı muamelenin ortaya çıkıp çıkmadığının tespit edildiği görülmektedir. Söz konusu farklı muamelenin tespiti aşamasından sonra ise farklı muamelenin objektif ve makul bir gerekçeye dayanıp dayanmadığı değerlendirilmesine gidilmektedir⁵⁶.

Bahsi geçen değerlendirme kapsamında AİHM, öncelikle meşru amaç ölçütünü uygulamaktadır. Söz konusu kapsamda AİHM’nin taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanımakta olduğu söylenebilir. Bununla birlikte kararlarda da görüleceği üzere her türlü meşru amaç farklı muameleyi de meşru kılmayacaktır⁵⁷.

Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık davasında Birleşik Krallık yasalarına göre ülkeye yerleşen evli kadınlar ve evli erkekler arasında farklı muamele yapıldığının tespitinden sonra bu farklı muamelenin objektif ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığı incelemesi yapılmıştır⁵⁸. Bu noktada Mahkeme cinsiyete dayalı farklı muamele konusunda çok önemli nedenlerin var olması ge-

⁵⁴ Case of Şerife Yiğit v. Turkey, prg. 10-17, 54.

⁵⁵ Case of Şerife Yiğit v. Turkey, prg. 78-80; Medeni halin başkaca statü kapsamında ele alınarak ayrımcılık yasağı bağlamında incelenmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. AİHM, Case of Petrov v. Bulgaria, Application no. 15197/02, 22 May 2008, prg. 53; AİHM, Case of Munoz Diaz v. Spain, Application no. 49151/07, 8 December 2009, prg. 69-70.

⁵⁶ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayınları, 6. Baskı, 2016), 549.

⁵⁷ Karan, “Bireysel Başvuru”, 292.

⁵⁸ Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, prg. 74.

rektiğini, cinsiyet eşitliğini sağlamanın Avrupa Konseyi üye ülkeleri bakımından öncelikli amaçlardan biri olduğunu ayrıca vurgulamıştır⁵⁹. Dava konusu olan Birleşik Krallık'ta yerleşik bulunan erkeklerin kadınlara kıyasla eşlerini ülkeye getirebilmelerinin daha kolay şartlara bağlanması, Birleşik Krallık tarafından çalışma çağındaki erkeklerin çalışma çağındaki kadınlara kıyasla iş gücü piyasasında daha çok yer aldığı gerekçesiyle yurt içi iş gücü piyasasını koruma ve göç kontrolünü sağlama amaçlarına dayandırılmıştır⁶⁰. AİHM yapmış olduğu değerlendirmede yurt içi iş gücü piyasasını koruma amacının meşru bir amaç olabileceğini; ancak her meşru amacın farklı muameleyi meşru hâle getirmeyeceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme'nin yaptığı açıklamalarda sözü edilen durumlarda devletlerin takdir marjının bulunduğu; ancak taraf devletlere bırakılan takdir marjının genişliğinin konuya, koşullara ve ortaya çıkan durumun nedenlerine göre değişeceği ortaya konulmuştur. AİHM değerlendirmesinde de ifade edildiği üzere söz konusu davaya konu olayda cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığı iddiası yer almaktadır. Bu bakımdan objektif ve makul nedenlerin ötesinde farklı muameleyi meşru kılacak çok önemli nedenlerin olması gerekmektedir. AİHM, Birleşik Krallık yasalarından kaynaklanan ülkeye yerleşen evli kadınlar ve evli erkekler arasında farklı muamelelerin ortaya çıktığını, bunun yurt içi iş gücü piyasasını koruma meşru amacına dayandığını; ancak bu meşru amacın cinsiyete dayalı farklı muameleyi meşru kılacak ölçüde önemli bir neden olarak görülemeyeceğini ifade etmiştir⁶¹. Bu bağlamda AİHM cinsiyete dayalı ayırım konusunda objektif ve makul nedenlerin ötesinde aradığı çok önemli nedenlere dayanma ölçütünü sağlamadığı tespiti ile *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık* davasında AİHS madde 8 ile beraber AİHS madde 14'ün ihlal edildiğine karar vermiştir⁶².

Sejdić ve Finci v. Bosna Hersek davasında AİHM, ayrımcılık yasağı ihlalinin, objektif ve makul bir nedene dayanmaksızın aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunma ile ortaya çıkacağını ifade etmiştir. Buna göre eğer farklı muamele, meşru bir amaca yönelik değilse veya kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülülük bulunmuyorsa objektif ve makul bir nedene dayanmayan, dolayısıyla ayrımcılık yasağını ihlal sonucunu doğuracak olan bir farklı muamele söz konusudur⁶³.

⁵⁹ Case of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, prg. 78; Objektif ve makul nedenlere dayanma ölçütünün cinsiyete dayalı ayırım söz konusu olduğunda son derece katı yorumlanması gerektiğine işaret eden çok önemli nedenlerin varlığının aranmasına ilişkin olarak ayrıca bkz. AİHM, *Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands*, Application no. 34462/97, 4 June 2002, prg. 49; AİHM, *Case of Burghartz v. Switzerland*, Application no. 16213/90, 22 February 1994, prg. 27; AİHM, *Case of Konstantin Markin v. Russia*, Application no. 30078/06, 22 March 2012, prg. 127.

⁶⁰ *Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, prg. 75.

⁶¹ Bkz. *Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, prg. 78-79.

⁶² Bkz. *Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, prg. 82-83.

⁶³ *Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, prg. 42.

Başka bir taraftan AİHM söz konusu kararında, cinsiyete dayalı farklı muamele konusundaki yaklaşımına benzer biçimde farklı muamelenin ırka, renge veya etnik kökene dayanması durumunda, objektif ve makul neden kavramının mümkün olduğu kadar dar ve katı yorumlanması gerektiğini de ortaya koymuştur⁶⁴. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçuların Bosna Hersek Millet Meclisine etnik kökenleri dolayısıyla aday olmalarının imkânsızlığının devam etmesinin objektif ve makul bir nedene dayanmadığı sonucuna varmıştır. Bu bağlamda Ek Protokol 1 (3) ile beraber AİHS madde 14'ün ihlal edildiği ortaya konulmuştur⁶⁵. Aynı yöndeki gerekçe ile AİHM, başvuranların etnik kökenleri dolayısıyla aday olmadıkları devlet başkanlığı seçimlerine ilişkin olarak da Ek Protokol 12 (1)'in ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁶.

Chabauty v. Fransa davasında ise AİHM, avlanmaya ilişkin olarak küçük ve büyük toprak sahipleri arasında ortaya çıkan farkın mülkiyete dayalı farklı muamele teşkil ettiğini tespit ettikten sonra objektif ve makul bir nedene dayanıp dayanmama ölçütünü incelemiştir. Buna göre küçük toprak sahiplerinin büyük toprak sahiplerinin aksine onaylı avcılar vakfının kontrolünde kalmaları, genel itibarıyla avlanma alanlarının iyi yönetimi amacına dayandırılmış ve bu amaç AİHM tarafından taraf devletlerin takdir marjı da göz önünde bulundurularak meşru kabul edilmiştir⁶⁷.

Palau-Martinez v. Fransa davasında ise AİHM, çocuklarının velayetlerini alamayan Yehova Şahidi annenin velayetleri alamama gerekçesinin başvuruçunun dini görüşüne dayandırıldığını ve bu bağlamda başvuruçunun farklı muameleyle maruz kaldığını tespit ettikten sonra objektif ve makul bir nedenin bulunup bulunmadığı ölçütünü incelemiştir. Bu aşamada AİHM, çocukların annenin dini görüşünden etkilenerek katı bir yetiştirme tarzına maruz kalacakları açıklamasıyla ileri sürülen çocuğun üstün yararının korunmasının meşru bir amaç olduğunu kaydetmiştir⁶⁸. Bununla beraber kararda belirtildiği üzere amaç ile izlenen yol olarak çocukların velayetinin babaya verilmesinde, ölçülülüğün sağlanıp sağlanmadığı ise ayrı bir değerlendirme konusu olacak ve ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğine ilişkin karar bu kapsamda verilecektir⁶⁹. *Palau-Martinez v. Fransa* davasında Mahkeme'nin ölçülülük kriterine ilişkin yaklaşımı çalışmanın bir sonraki kısmında ele alınacaktır.

⁶⁴ Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, prg. 44; Ayrıca bkz. AİHM, Case of D.H. and others v. The Czech Republic, Application no. 57325/00, 13 November 2007, prg. 196; AİHM, Case of Orsus and others v. Croatia, Application no. 15766/03, 16 March 2010, prg. 156.

⁶⁵ Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, prg. 50; Benzeri yöndeki karar için ayrıca bkz. AİHM, Case of Aziz v. Cyprus, Application no. 69949/01, 22 June 2004, prg. 36-38.

⁶⁶ Bkz. Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, prg. 53-56.

⁶⁷ Bkz. Case of Chabauty v. France, prg. 56.

⁶⁸ Case of Palau-Martinez v. France, prg. 36, 40.

⁶⁹ Case of Palau-Martinez v. France, prg. 41.

Yiğit v. Türkiye davasında ise AİHM, yukarıda açıklandığı üzere başvuranın dini evlilik yaptığını söylediği partnerinin ölümünden sonra resmi evlilikte kazanılan maaş ve sağlık sigortasına ilişkin hakların kendisine sağlanmadığı yönündeki şikâyet konusunu “diğer statü farkı” kapsamında ele almış, dini evlilik ve resmi evlilik yapanlar arasında konu bağlamında bir muamele farkı oluştuğunu tespit etmiş, ardından ise bu muamele farkının objektif ve makul bir gerekçeye dayanıp dayanmadığını incelemiştir. Bu bağlamda AİHM öncelikle AİHS madde 14’te düzenleme bulan ayrımcılık yasağının farklı olaylara ve/veya koşullara ilişkin objektif değerlendirme ile kamu yararına dayalı olarak toplumun menfaatlerinin korunması ve AİHS tarafından korunan hak ve özgürlüklere saygı arasında makul bir denge üzerine inşa edilen muamele farklılığını yasakladığını ortaya koymuştur. Kararda açıklandığı üzere AİHM’nin yerleşik içtihadına göre ayrımcılığın anlamı, objektif ve makul bir nedene dayanmayan farklı muamelelerin ortaya çıkmasıdır. Muameledeki farklılık, meşru bir amaca yönelmiyorsa ya da kullanılan yöntemler ile hedeflenen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunmuyorsa, objektif ve makul bir nedeninin varlığından bahsedilemez. Kural olarak AİHS hükümleri, taraf devletlerin belirli bir kategori veya grubun diğerlerinden farklı bir muameleye tâbi tutulmasına neden olacak genel programlarını yasal tedbirlerle kabul etmesini engellemez. Buna karşın yasa kapsamındaki kategori veya grubun tamamına yönelik muamele farklılığının AİHS ve Protokolleri uyarınca haklı olması gereklidir⁷⁰. Ayrıca AİHM sözü edilen kararında taraf devletlerin benzer durumlara ilişkin ortaya çıkan farklılıkların hukukta farklı bir muameleyi meşru kılıp kılmayacağı ya da hangi ölçüde meşru kılacağı değerlendirilmesi bakımından belirli bir takdir marjına sahip olduğunu da belirtmiştir⁷¹. Bu bağlamda Türkiye’nin açıklamaları daha çok ilk kriter olarak değerlendirilen farklı muamelelerin oluşmadığı yönündedir. Bu görüş ile dini kurallara göre evlenmiş kişi olarak başvuruçunun durumunun Medeni Kanun’a uygun olarak evlenen bir kişi ile benzer durumda olmadıkları yönündeki savunma ortaya konulmuştur. Söz konusu yaklaşımın benimsenmesinin dayanakları ise çok eşlilik ile mücadele ve laikliğin korunması olarak ifade edilmiştir⁷².

AİHM ise bir önceki başlıkta açıklandığı üzere resmi evlilik yapan ve resmi evlilik dışında kalan ilişkilerin karşılaştırılabilir durumlar olarak değerlendirmiş ve bu aşamada tespit ettiği muamele farklılığının meşru bir amaca yönelip yönelmediğini belirleme yoluna gitmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, laiklik ilkesinin önemini göz önünde bulundurduğunu kaydederek, Türk Medeni Kanunu ilkelerinden ve amaçlarından söz etmiştir. Söz konusu kapsamda ilgili kararda AİHM, herhangi bir dini evliliğin de ön koşulu olarak tek eşli medeni evliliği kabul eden Türk Medeni

⁷⁰ Case of Şerife Yiğit v. Turkey, prg. 67-68.

⁷¹ Case of Şerife Yiğit v. Turkey, prg. 70.

⁷² Bkz. Case of Şerife Yiğit v. Turkey, prg. 75.

Kanunu'nun 1926 yılında kabul edildiğini ve bu Kanun'un kadınları dezavantajlı hatta bağımlı ve aşağı bir statüye yerleştiren bir evlilik geleneğine son vermeyi amaçladığını belirtmiştir. AİHM, Türkiye'nin aynı gerekçelerle özellikle boşanma ve mirasla ilgili medeni haklardan yararlanma açısından cinsiyet eşitliğini kabul ettiğini ve Türk Medeni Kanunu ile çok eşliliği yasakladığını, evlilikte yaş sınırı gibi hükümlerle kadını korumayı ve güçlendirmeyi amaçladığını ortaya koymuştur. Dolayısıyla AİHM tespit ettiği muamele farklılığının esas olarak kamu düzeni ile hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amaçlarına yöneldiğini kabul etmiştir⁷³.

Yiğit v. Türkiye davası bakımından Türkiye'nin konu özelinde ileri sürdüğü resmi evlilik yapanlar ile resmi evlilik yapmayanların karşılaştırılabilir gruplar olmadığı görüşü hukuki sonuçları bakımından haklı görülebilir. Buna karşın ayrımcılık yasağının incelemesi bakımından AİHM'nin sistematığının isabetli olduğu söylenebilir. Nitekim şiddet ya da çocuğun soy bağının kurulması, velayeti gibi konularda da benzeri bir karşılaştırmaya gitmek gerekebilir. Söz konusu örneklerdeki ihtimallerde meşru amaç değerlendirmesi farklı sonuçlar doğuracaktır. Dolayısıyla AİHM'nin *Yiğit v. Türkiye* davasında hukuki statüsü ve sonuçları tamamen farklı olmakla beraber resmi evlilik yapanlar ile resmi evlilik yapmayanların karşılaştırılabilir gruplar olarak değerlendirmesi ayrımcılık yasağının kapsamı ve uygulanabilirliği bakımından isabetli görünmektedir. Nitekim kararda da karşılaştırılabilir olarak değerlendirilen bu iki durumun konu özelinde hukuki statüleri ve sonuçları tamamen farklı olduğundan ortaya çıkan farklı muamele, meşru amaca dayanıyor olarak değerlendirilmiştir.

AİHM, meşru bir amaca dayandığını ortaya koyduğu farklı muameleler bakımından da demokratik toplumda gerekli olma kriteri bağlamında bir ölçülülük testi uygulamaktadır. Çalışmanın bir sonraki başlığında ölçülülük kriteri ele alınacak, bu bağlamda şu ana kadar incelenen kararlarda özellikle farklı muamele olduğu tespit edilen fakat bunun meşru bir amaçtan kaynaklandığı ortaya konulan kararlar üzerinde durulacaktır.

3. Ölçülülük

AİHM'nin ayrımcılık yasağına ilişkin olan davalarda ihlal olup olmadığını değerlendirirken son aşamada ölçülülük testini uygulaması gerekir. Ölçülülük farklı muamelede meşru görülen amaç ile bu amaca yönelik izlenen yolun sınırlarını belirleyecek, bu yolun demokratik toplumda gerekli olup olmadığını ortaya koyacaktır.

Genel anlamı ile ölçülülük kriteri, söz konusu müdahalenin hak ve özgürlüklere mümkün olduğunca az kısıtlama getirmesi gereğini ortaya koyar. Müdahale belirlenen amaçları gerçekleştirmek için dikkatli bir biçimde hazırlanmış olmalıdır. Müdahale hakkaniyete aykırı olmamalı, temelsiz düşüncelere dayan-

⁷³ Case of Şerife Yiğit v. Turkey, prg. 81-82.

mamalıdır. AİHM, taraf devletlerin AİHS’te yer alan bir hakka müdahalesinin gerekli olup olmadığına karar verirken amaç ile araç arasında orantı aramakta ve bu bağlamda ölçülülük testi yapmaktadır. Aynı amaca ulaşmak için daha az sınırlayıcı, alternatif bir yöntem varsa veya müdahale ile amaca ulaşılması söz konusu olamayacaksa ölçülülük kriterinin sağlanmadığı söylenebilecektir⁷⁴.

Ayrımcılık yasağı özelinde değerlendirildiğinde ise AİHM, izlenen amaca ulaşılması daha az ayrımcı olan veya daha az dezavantaj oluşturan bir önlemle mümkün oluyorsa, farklı muamelenin orantılı kabul edilemeyeceği düşüncesindedir. Başka bir taraftan AİHM’ye göre karşılaştırılabilir iki durum arasında farklı muamele ortaya çıkmış ise meşru amaç ile ölçülülük kriterlerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Buna karşın AİHM’nin meşru amaç ölçütünü uyguladıktan ve olumsuz bir sonuca ulaştıktan sonra ölçülülük kriterine ilişkin inceleme yapmadığı kararları da mevcuttur⁷⁵. Örneğin AİHM, çalışmanın önceki aşamalarında ele alındığı üzere *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık* davasında cinsiyete dayalı farklı muameleyi meşru kılabilecek derecede önemli nedenlerin olmadığını ortaya koyarak AİHS madde 8 ile beraber AİHS madde 14’ün ihlaline karar vermiştir. Söz konusu durumda ayrıca bir ölçülülük testi uygulanmamıştır.

Sejdić ve Finci v. Bosna Hersek davasında ise başvurucuların etnik kökenleri dolayısıyla Bosna Hersek Millet Meclisine aday olmalarının ve devlet başlandığı seçimlerine katılmalarının imkânsızlığının devam etmesinin objektif ve makul bir nedene dayanmadığı sonucuna varılmıştır. İlgili kararın açıklamasında Mahkeme, eğer ortaya çıkan farklı muamele meşru bir amaca yönelik değilse veya kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülülük ilişkisi bulunmuyorsa objektif ve makul bir nedene dayanmayan farklı muamelenin söz konusu olacağını belirterek ölçülülüğü, objektif ve makul nedenin varlığının bir gereği olarak değerlendirmiştir⁷⁶.

AİHM *Sejdić ve Finci v. Bosna Hersek* davasında, dava konusuna ilişkin olarak zaman bakımından yetki değerlendirmesi yaparken ise şikâyet konusu yasal hükümlerin kabul edildikleri tarih itibarıyla meşru amaca yönelik olup olmadığını incelemeye gerek olmadığını; çünkü her durumda sistemin aynı biçimde devam etmesinin ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir⁷⁷. *Sejdić ve Finci v. Bosna Hersek* kararında yapılan açıklamada görüldüğü üzere AİHM, meşru amaca yönelme ile beraber ölçülülük kriterini “objektif ve makul nedenin” varlığına yönelik değerlendirmesinde beraber ele alabildiği gibi ölçülülük kriterini sağlamayan bir uygulamanın ayrıca meşru bir amaç taşıyıp taşımadığını incelemeye gerek görmeyebilmektedir.

⁷⁴ Hasan Tahsin Fendoğlu, *İnsan Hakları Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 138.

⁷⁵ Karan, “Bireysel Başvuru”, 283-284.

⁷⁶ Bkz. *Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, prg. 42.

⁷⁷ *Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, prg. 46.

Chabauty v. Fransa davasında ise küçük toprak sahiplerinin avlanmaya ilişkin sıkı kurallara tabi tutulması meşru amaç dâhilinde kabul edilmiş ve büyük toprak sahipleri ile aralarında muamele farkına yol açmasına karşın meşru amaca yönelen aracın ölçülü olduğu vurgulanmıştır. Bu noktada AİHM, küçük toprak sahiplerinin avlanmaya ilişkin haklarına müdahale oluştuğunu; ancak bunun dışında küçük toprak sahiplerinin toprakları üzerindeki mülkiyet haklarına müdahale edilmediğini kaydetmiştir. Mahkeme, geniş alanda avlanmayı amaç edinmekle esasen geniş topraklarda avcılık yapanlara müdahale edilmemesini makul bulmuştur. Küçük toprak sahiplerinin ise geniş alanlara yönelmesi için yapılan müdahale orantısız görülmemiştir. Sözü edilen değerlendirme ile AİHM, Ek Protokol 1 (1) ile beraber AİHS madde 14'ün ihlal edilmediğine karar vermiştir⁷⁸. Görüldüğü üzere *Chabauty v. Fransa* davasında AİHM, farklı muamelenin oluştuğunu tespit ettikten sonra söz konusu farklı muamelenin meşru bir amaca dayandığını değerlendirmiş ve bu amaca ulaşmak üzere uygulanan yöntemi ölçülü bulmuştur. Bu yöndeki değerlendirmesi ile Mahkeme ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Palau-Martinez v. Fransa davasında ise çocukların üstün yararının korunması meşru bir amaç olarak kabul edilmiştir. Buna karşın AİHM, velayetlerinin dini görüşleri nedeniyle annelerine verilmeyen çocukların katı kurallara tâbi tutulacakları şekildeki kanaatlerle, annenin dini görüşüne ilişkin yapılan genel değerlendirmeler ve bu değerlendirmeler ile çocukların yetiştirilme tarzları arasında kurulan bağlantılarla varılan sonucu yetersiz bir değerlendirme olarak görmüştür. Bu değerlendirme ile beraber AİHM, izlenen meşru amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisi olmadığına kanaat getirmiştir ve AİHS madde 8 ile beraber AİHS madde 14'ün ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁹.

Yiğit v. Türkiye davasında da farklı muamelenin meşru bir amaca yöneldiği ortaya konulduktan sonra, ilgili uygulamada makul bir ölçülülüğün mevcut olup olmadığı konusu ele alınmıştır. Bu kapsamda AİHM, başvuranın partnerinin hak sahipliğine dayalı emekli maaşı ve sosyal güvenlik ödemelerinden yararlanma konusunda haklı bir beklentiye sahip olduğunu ileri sürmediğini ifade etmiştir. Ayrıca AİHM, medeni evliliği düzenleyen esasa ve usule ilişkin koşulların açık ve ulaşılabilir olduğunu, medeni evliliğe ilişkin düzenlemelerin basit ve ilgili kişiler üzerinde aşırı bir yük yaratmayacak nitelikte olduğunu da ortaya koymuştur. Nitekim Mahkeme'nin yapmış olduğu değerlendirmede yer verdiği üzere başvuran da bu durumun aksi yönünde bir iddiada bulunmamıştır. Başka bir taraftan AİHM, başvuranın medeni bir evlilik akdedilmek için yirmi altı yıl gibi yeterli ve uzun bir süreye sahip olduğunu da vurgulamıştır. Dolayısıyla başvurucunun iddia ettiği durumunu hukukileştirmek için gösterdiği çabaların, idari işlemlerin

⁷⁸ Bkz. *Chabauty v. France*, prg. 53-57.

⁷⁹ Bkz. *Case of Palau-Martinez v. France*, prg. 42-43.

yavaşlığı veya hantallığı nedeniyle engellendiği değerlendirilmesinin haklı bir sebebi görülmemiştir⁸⁰. Söz konusu değerlendirmelerle beraber AİHM dava konusu farklı muamele ile hedeflenen meşru amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle dava konusu olayda tespit edilen farklı muamele açısından objektif ve makul bir nedeninin mevcut olduğu kanaatine varan AİHM, Ek Protokol 1 (1) ile beraber AİHS 14'ün ihlal edilmediğine karar vermiştir⁸¹.

Bahsi geçen davalarda da görüldüğü üzere AİHM, ayrımcılık yasağı bakımından karşılaştırılabilir durumlar arasında farklı muamele tespit ettikten sonra esasen objektif ve makul nedenlere dayanma kriterini irdelemektedir. Eğer bu kriter sağlanmıyorsa diğer koşulların da varlığı hâlinde ayrımcılık yasağının ihlali söz konusu olmaktadır. Ayrıca objektif ve makul nedenlere dayanma kriteri cinsiyete dayalı farklı muamele ya da ırka dayalı farklı muamele gibi konularda çok önemli nedenlerin varlığı şeklinde oldukça katı yorumlanmaktadır.

Başka bir taraftan Mahkeme'nin karşılaştırılabilir durumda olanlar için ortaya çıkan farklı muamelenin objektif ve makul nedenlere dayanıp dayanmadığı incelemesini meşru bir amacın varlığı ve ölçülülük kriterleri bağlamında tamamladığı görülmektedir. AİHM, esasen meşru amaç ve ölçülülük kriterlerini ayrı ayrı inceleme yoluna gitmektedir. Buna karşın Mahkeme özellikle ayrımcılık yasağının ihlali yönünde kanaate ulaştığı bazı kararlarında meşru bir amacın olmadığını ortaya koymakla yetinerek ölçülülüğü ayrıca değerlendirmemekte ya da ölçülülüğün hiçbir biçimde sağlanamayacağını ortaya koyarak meşru amaç takibi yapmayabilmektedir.

B. AYRIMCILIK YASAĞINDA İSPAT YÜKÜ

Ayrımcılık yasağına ilişkin olarak hukuksal çerçevede önemli bir yer tutan konuların başında ispat rejimi bulunmaktadır. Ayrımcılık yasağı ile ilgili gelişmeler hukuk yargılamasına hâkim olan ilkelerde değişiklik yaratabilmektedir ve bu değişikliklerin başında ispat yükünün paylaşılması konusu yer almaktadır⁸².

Kural olarak karar organına ayrımcılığın meydana gelmiş olduğunu ispat etme yükü, iddia sahibine aittir. Bununla beraber ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda görülen farklı muamelenin belirli bir korunan özellik temelinde olduğunu göstermek son derece zor olabilmektedir. Nitekim farklı muamelenin altında yatan saik genellikle yalnızca farklı muameleyi gösteren tarafın düşüncesinde var olmaktadır. Bundan dolayı ayrımcılık iddiaları çoğu zaman, söz konusu olan kural veya uygulama ile bağlantılı nesnel varsayımlara dayanır. Dolayısıyla ayrımcılık yasağına konu oluşturan bir farklı muamelenin temel kaynağının

⁸⁰ Case of Şerife Yiğit v. Turkey, prg. 86.

⁸¹ Case of Şerife Yiğit v. Turkey, prg. 87-88.

⁸² Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, 426.

mağdurun cinsiyet, ırk, renk, etnik köken, yaş, mülkiyet gibi bir ya da birden fazla korunan özelliğinin olduğuna Mahkeme'nin ikna edilmesi gerekir. Söz konusu ilke, doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık iddiası içeren olaylarda eşit ölçüde geçerlidir. Bu bağlamda ayrımcılık yasağı kapsamında ele alınan farklı muamelelerin korunan bir hukuki menfaate dayalı olduğunu ispat etmeyi kolaylaştırmak için ayrımcılık yasağı uygulamasında ispat yükünün paylaşılmasına izin verilmektedir. Dolayısıyla iddia sahibinin gösterdiği olgulardan hareketle ayrımcılık meydana gelmiş olabileceği varsayılabilmekte ve aksini ispat etme yükü davalı devlete geçmektedir⁸³.

Belirli kurallar veya uygulamaların belirli bir grup üzerinde ölçsüz bir sonuç doğurduğunu ispat etmenin gerekli olduğu dolaylı ayrımcılık iddialarında ise ispat yükünün bu şekilde paylaşılmasının özellikle gerekli olacağı söylenebilir. Nitekim bir dolaylı ayrımcılık karinesi oluşturmak adına başvuranın, farklı muamelelerin genel şeklini kanıtlayan örneğin istatistiki verilere dayanması gerekebilir. Özellikle dolaylı ayrımcılık iddialarının yer aldığı dava konularında Mahkeme de istatistiki verileri dikkate almaktadır. Bununla beraber belirtmek gerekir ki ayrımcılık iddialarını ispatlamak için her zaman istatistiki verilerin kullanılması zorunlu değildir. Bu yöndeki bir iddiayı ispatlamak için istatistiklerin gerekli olup olmadığı ilgili dava konusuna göre değişecektir⁸⁴.

AİHM'nin istatistiki verileri göz önünde bulundurarak AİHS madde 14'ü değerlendirmeye aldığı davalardan biri de *Opuz v. Türkiye* davasıdır. Kararda yapılan açıklamaya göre, başvuranın itiraz edilemeyecek istatistiki bilgilere dayanarak aile içi şiddetin esas olarak kadınları etkilediğini ve adli pasifliğin, aile içi şiddet vakalarını çoğaltabilecek koşullar yarattığına ilişkin *prima facie* bir gösterenin varlığını ispat edebildiği görülmüştür⁸⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki AİHM yargılamasında ayrımcılık yasağına ilişkin olarak ispat yükünün paylaşılması ilkesinin yerleşik içtihat oluşturduğu görülmektedir. Örnek vermek gerekirse bu çalışmada incelenen *Yiğit v. Türkiye* davasında AİHM, ispat yüküne ilişkin değerlendirme yaparken öncelikle, bu alandaki ispat yükü açısından Mahkeme'nin başvuruçunun bir muamele farklılığını ortaya koyduğunda, Hükümetin bu farklılığın haklı olduğunu ortaya koyması gerektiğini hüküm altına aldığını ifade etmiştir⁸⁶. Bu yaklaşımı ile AİHM, ay-

⁸³ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasağı*, 123-124; Case of Munoz Diaz v. Spain, prg. 50.

⁸⁴ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasağı*, 124, 132; Büyükkalk, *Dolaylı Ayrımcılık*, 142-143; AİHM, Case of Di Trizio v. Switzerland, Application no. 7186/09, 2 February 2016, prg. 86.

⁸⁵ AİHM, Case of Opuz v. Turkey, Application no. 33401/02, 9 June 2009, prg. 198.

⁸⁶ Case of Şerife Yiğit v. Turkey, prg. 71; Ayrıca bkz. AİHM, Case of Sampanis and others v. Greece, Application no. 32526/05, 5 June 2008, prg. 69; AİHM, Case of Timishev v. Russia, Application nos. 55762/00 and 55974/00, 13 December 2005, prg. 57.

rımcılık yasağı bakımından başvuranlar bağlamında ispat külfetini hafifletmekte ve ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişiler bakımından yargı yoluna gitmelerini desteklemektedir.

Nitekim ayrımcılık yasağı konusunda AİHS madde 14'ün daha önce incelendiği üzere kapsam bakımından sınırlı tutulması, diğer haklarla bağlı olması ve dolayısıyla müstakil bir düzenleme olmaması nasıl ki eşitlik ilkesinin korunması bakımından başlıca bir sorun teşkil ediyorsa ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların ispatlanması da zorluğu nedeniyle başlı başına bir sorun olarak görünmektedir.

AİHM yargılamasında ayrımcılık yasağı bakımından ispat yükünün paylaşılması yönündeki yaklaşımın yerleşik hâle gelmesi, başvuran tarafından ispatlanması imkânsız görünen ayrımcılık yasağı ihlali iddialarının da Mahkeme önüne gitmesini desteklemekte ve ayrımcılık yasağına ilişkin hak ihlalleri bakımından adil sonuçlara ulaşılabilmesini mümkün kılmaktadır. Bu bağlamda AİHM uygulamasında olduğu gibi ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönündeki iddiaların bulunduğu konularda ispat yükünün paylaşılması yoluna gidilmesi eşitlik ilkesinin etkin bir koruma bulabilmesi adına özellikle önemli görülmektedir.

SONUÇ

Ayrımcılık yasağı, insan hak ve özgürlüklerinin herhangi bir statü ayrımı gözetilmeksizin herkes tarafından eşit bir biçimde hayata geçmesini sağlayan bir hukuki koruma yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesini somutlaştırmakta ve eşitlik ilkesinin hukuki sonuç doğurmasına zemin hazırlamaktadır. Eşitlik ilkesi ile beraber ayrımcılık yasağının ulusal ve ulusalüstü hukuki belgelerde yer aldığı görülmektedir. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken konu ise şekli eşitlik ile beraber fiili eşitliğin sağlanmasına dönük güçlü bir ayrımcılık yasağı uygulamasının oluşturulabilmesidir.

AİHS, özellikle denetim mekanizmasının etkililiği dolayısıyla ayrımcılık yasağına ilişkin içtihadın gelişmesinde önemli bir role sahiptir. AİHS madde 14'te ayrımcılık yasağı düzenlenmektedir; fakat ilgili düzenleme, hükmün sınırları dolayısıyla yetersiz görünmektedir. Nitekim AİHS madde 14, ayrımcılık yasağına ilişkin getirmiş olduğu korumayı Sözleşme ve Ek Protokollerinde düzenlenen diğer haklarla bağlı tutarak sınırlandırmıştır. Dolayısıyla AİHS ve Ek Protokollerinde düzenlenen haklarla ilişkili olmayan bir konunun AİHS madde 14 kapsamında ele alınması mümkün olmamaktadır. Ayrımcılık yasağı, AİHS ve Ek Protokollerindeki hakların eşit şekilde herkes tarafından kullanılması için diğer hakları tamamlayan bir nitelikte görülebilir; ancak bu yaklaşım, ayrımcılık yasağının müstakil olarak ileri sürülmesine engel teşkil etmemelidir.

Bahsi geçen eleştirilere karşılık gelecek biçimde Ek Protokol 12'de Sözleşme'de düzenlenen diğer haklarla bağlı olmaksızın genel ayrımcılık yasa-

ğının düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda AİHS madde 14'ün sınırlı alanı, Ek Protokol 12 ile aşılmıştır. Buna karşın söz konusu Protokolü onaylayan devlet sayısının beklenenden az olduğunu da söylemek gerekir.

AİHM, AİHS madde 14 ile Ek Protokol 12'de düzenlenen ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeleri, aynı sistematik dâhilinde incelemektedir. Nitekim Sözleşme ve Ek Protokollerinde düzenlenen haklarla sınırlı tutulmama konusunda AİHS madde 14'ten farklılaşan Ek Protokol 12, içerik itibariyle ayrımcılık yasağını AİHS madde 14 ile aynı anlamda ele almaktadır. Her iki düzenleme bakımından da ayrımcılık oluşturabilecek cinsiyet, etnik köken, dini görüş, mülkiyet gibi nedenlerin sınırlı sayıda olmaması ise düzenlemelerin güçlü yanı olarak görülmektedir.

AİHM, ayrımcılık yasağını incelediği kararlarında, öncelikle farklı muamelenin olup olmadığını tespit etmektedir ve ardından varsa farklı muamelenin, objektif ve makul nedenlere dayanıp dayanmadığını değerlendirmektedir. Bu kapsamda ise meşru amaca yönelme ve ölçülülük kriterleri dikkate alınmaktadır. AİHM farklı muamelenin objektif ve makul nedenlere dayanması hâlinde, başka bir ifade ile farklı muamelenin meşru amaca yönelmiş olması ve ölçülülük kriterine uyulmuş olması hâlinde, ayrımcılık yasağının ihlal edilmeyeceğini ortaya koymaktadır ve bu konuda devletlerin takdir marjlarının bulunduğunu da ifade etmektedir. Bununla beraber ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda devletlerin takdir marjlarının her konuda geniş yorumlanamayacağı, özellikle cinsiyete dayalı ayrımcılık ve etnik kökene dayalı ayrımcılık iddialarını içeren farklı muamelelerde objektif ve makul nedenlere dayanmanın ötesinde farklı muameleyi meşru kılacak çok önemli nedenlerin varlığının arandığı da AİHM kararlarında ifade edilmektedir.

Son olarak belirtmelidir ki AİHM önündeki yargılamalarda, ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi konusundaki iddialar söz konusu olduğunda, ispat yükünün paylaşılması yoluna gidilmektedir. Özellikle dolaylı ayrımcılık içeren konularda ispat yükünün yerine getirilmesinin zorlaşması ve hatta bazen imkânsız hale gelmesi olasılığı düşünüldüğünde, AİHM'nin ayrımcılık yasağı konusunda ispat yükünün paylaşılması yoluna gitmesi ayrıca önemlidir. Ayrımcılık yasağı konusunda ispat yükünün paylaşılması ile beraber objektif ve makul nedenlerin ötesinde çok önemli nedenlerin varlığının aranabilmesi ve devletlerin takdir marjlarının konuya ve koşullara göre sınırlı tutulabilmesi, AİHS kapsamında ayrımcılık yasağının, ayrımcılığa uğradığını iddia eden tarafın adalete erişimini teşvik edecek biçimde ve yerleşik bir sistematik dâhilinde ele alındığını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda eşitlik ilkesinin etkin korunmasının sağlanmasına yönelik olarak ayrımcılık yasağı düzenlemeleri ve uygulamaları kapsamında AİHS ve AİHM içtihatları, ulusal hukuk sistemleri bakımından da önemli bir yol haritası sunmaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Akad, Mehmet, Vural Dinçkol, Bihterin ve Bulut, Nihat. *Genel Kamu Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 17. Basım, 2021.
- Aktan, Coşkun Can. "Mülkiyet Hakları Felsefesi." *Emek ve Toplum* 7, Sayı: 18 (2018/2): 194-214.
- Altınordu, Fazıl. *AIHS'ne Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk Hukukunda Gelişimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Aristoteles. *Nikomahhos'a Etik*. çev. Saffet Babür. Ankara: BilgeSU Yayınları, 7. Baskı, 2017.
- Atay, Ender Ethem. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Gazi Kitabevi, 5. Baskı, 2017.
- Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi. *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı*. 2010.
- Besson, Samantha. "The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child." *The International Journal of Children's Rights* 13 (2005): 433-461.
- Büyükçalık, Mürvet Ece. *Dolaylı Ayrımcılık Yasağı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- de Gouges, Olympe. "Kadın, Uyan!" *Kadın ve Kadın Yurttaş Hakları Bildirisi*. çev. Berna Günen. İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınları, 2019.
- Eren, Abdurrahman. *Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *İnsan Hakları Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Devlet, Birey ve Özgürlük*. İstanbul: Legal Yayınevi, 3. Baskı, 2016.
- Gerards, Janneke. "The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights." *Human Rights Law Review* (February 2013): 99-124.
- Gerhard, Ute. "Menschenrechte auch für Frauen: Der Entwurf der Olympe de Gouges." *Kritische Justiz* 20, Sayı: 2 (1987): 127-149.
- Göze, Ayferi. *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 12. Baskı, 2009.
- Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınları, 2. Baskı, 2018.
- Göztepe, Ece. "Kadın ve Kadın Yurttaşın Hakları Bildirgesi Olympe de Gouges (7 Eylül 1791)." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45, Sayı: 1 (1996): 185-193.
- Gözübüyük, Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 8. Baskı, 2009.
- Gül, İdil Işıl ve Karan, Ulaş, ed. Burcu Yeşiladalı ve Gökçeçiçek Ayata. *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Gümüş, Sedat. "ABD'de Irkçılıkla Mücadelenin Tarihi Temelleri ve Eğitimin Bu Süreçteki Rolü." *İnsan ve Toplum* 10, Sayı: 4 (2020): 557-567.
- Haratsch, Andreas. *Die Geschichte der Menschenrechte*. Potsdam: Universitätsverlag, 4. Auflage, 2010.

- Kaboğlu, İbrahim Ö.. *Özgürlükler Hukuku*. Ankara: İmge Kitabevi, 6. Baskı, 2002.
- Karaman, Ebru. *Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasi Partilerde Kadın Kotası*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Karan, Ulaş. "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi." *Anayasa Yargısı* 31, Sayı: 1 (2015): 235-306.
- Karan, Ulaş. *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- Schabas, William A.. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford University Press, 2015.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sancakdar, Oğuz ve Önok, Rifat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 6. Baskı, 2016.
- Tosi, Luciano. "The League of Nations: An international relations perspective." *Uniform Law Review* 22 (March 2017): 148-157.
- Venzke, Ingo. ed. Amoroso D., Marotti L., Rossi P., Spagnolo A. and Zarra G.. "Foreword: Perspectives on the Principle of Equality." *Perspectives on the Principle of Equality from International and EU Law, Amsterdam Law School Research Paper* (2022-17): 1-6.

Sözleşmeler ve Diğer Kaynaklar

- Chart of signatures and ratifications of Treaty 177. Erişim 10 Nisan 2023. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyenum=177>.
- Charter of the United Nations. Erişim 28 Mart 2023. <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 15. Erişim 2 Nisan 2023. <https://rm.coe.int/1680a2353d>.
- Covenant of the League of Nations. Erişim 26 Mart 2023. <https://www.refworld.org/docid/3dd8b9854.html>.
- ECHR, Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, Prohibition of discrimination, 31.08.2022.
- Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.2000. Erişim 4 Nisan 2023. <https://rm.coe.int/09000016800cce48>.
- International Covenant on Civil and Political Rights. Erişim 1 Nisan 2023. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Erişim 1 Nisan 2023. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.
- Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.2000. Erişim 10 Nisan 2023. https://www.echr.coe.int/documents/library_collection_p12_ets177e_eng.pdf.

Universal Declaration of Human Rights. Erişim 1 Mart 2023.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/PDF/NR004388.pdf?OpenElement>.

Kararlar

AİHM, Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28 May 1985.

AİHM, Case of Schöler-Zraggen v. Switzerland, Application no. 14518/89, 24 June 1993.

AİHM, Case of Karlheinz Schmidt v. Germany, Application no. 13580/88, 18 July 1994.

AİHM, Case of Paun Jovanović v. Serbia, Application no. 41394/15, 7 February 2023.

AİHM, Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, Applications nos. 27996/06 and 34836/06, 22 December 2009.

AİHM, Case of Palau-Martinez v. France, Application no. 64927/01, 16 December 2003.

AİHM, Case of Chabauty v. France, Application no. 57412/08, 4 October 2012.

AİHM, Case of Chassagnou and others v. France, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, 29 April 1999.

AİHM, Case of Şerife Yiğit v. Turkey, Application no. 3976/05, 2 November 2010.

AİHM, Case of Petrov v. Bulgaria, Application no. 15197/02, 22 May 2008.

AİHM, Case of Munoz Diaz v. Spain, Application no. 49151/07, 8 December 2009.

AİHM, Case of Carson and other v. The United Kingdom, Application no. 42184/05, 16 March 2010.

AİHM, Case of Opuz v. Turkey, Application no. 33401/02, 9 June 2009.

AİHM, Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Application no. 34462/97, 4 June 2002.

AİHM, Case of Burghartz v. Switzerland, Application no. 16213/90, 22 February 1994.

AİHM, Case of Aziz v. Cyprus, Application no. 69949/01, 22 June 2004.

AİHM, Case of Emel Boyraz v. Turkey, Application no. 61960/08, 2 December 2014.

AİHM, Case of Hülya Ebru Demirel v. Turkey, Application no. 30733/08, 19 June 2018.

AİHM, Case of D.H. and others v. The Czech Republic, Application no. 57325/00, 13 November 2007.

AİHM, Case of Orsus and others v. Croatia, Application no. 15766/03, 16 March 2010.

AİHM, Case of Di Trizio v. Switzerland, Application no. 7186/09, 2 February 2016.

AİHM, Case of Sampanis and others v. Greece, Application no. 32526/05, 5 June 2008.

AİHM, Case of Timishev v. Russia, Application nos. 55762/00 and 55974/00, 13 December 2005.

AİHM, Case of Konstantin Markin v. Russia, Application no. 30078/06, 22 March 2012.

AİHM, Case of Kiyutin v. Russia, Application no. 2700/10, 15 September 2011.

AİHM, Case of Biao v. Denmark, Application no. 38590/10, 24 May 2016.

AİHM, Case of Burden v. The United Kingdom, Application no. 13378/05, 29 April 2008.

SAĞLIK İÇİN TEHLİKELİ MADDE TEMİNİ SUÇU (TCK m. 194)^(*)Dr. Öğr. Üyesi **Mahmut KAPLAN^(**)****Öz**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 194'te düzenlenen sağlık için tehlikeli madde temin etme suçunun incelendiği bu çalışmada, ilgili düzenleme suç inceleme metodu çerçevesinde analiz edilmiştir. Çocuklara, akıl hastalarına veya uçucu madde kullanan kişilere sağlık için tehlike oluşturabilecek maddeleri verme veya bu kişilerin kullanımına sunma çalışmanın kapsamını oluşturmaktadır. Suçun koruduğu hukuki değer bağlamında tehlike suçu olarak kabul edilen suç tipinin soyut tehlike mi somut tehlike mi olduğu ve bu kapsamda da teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği çalışma içerisinde tartışılmıştır. Kanuni düzenlemede suçun konusu olarak "sağlık için tehlike oluşturabilecek maddeler" ifadesine yer verilmesi, suçun konusu açısından belirlilik ilkesi ile çelişki yaratacaktır. Yine sağlık açısından tehlikeli olabilecek maddeler sadece gerekçede ifade edildiği gibi alkol veya tütün ürünleri olmadığından diğer maddeler açısından getirilen özel düzenlemelerle ilişkisi de çalışma kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin sağlık için tehlike oluşturacak madde aynı zamanda bağımlılık yaratan bir madde ise uyuşturucu ve uyarıcı maddelerle içtima ilişkisi ortaya konması gereken sorunlardandır.

Anahtar Kelimeler

Tehlikeli Madde, Akıl Hastaları, Uçucu Madde Kullanan Kişiler, Tüketime Sunma.

CRIME OF SUPPLY OF HARMFUL SUBSTANCES**Abstract**

In this study which the crime of supply of substances dangerous to health of Turkish Penal Code no. 5237 art. 194 is examined, the mentioned crime has been analyzed in the frame of crime analyzing methods. The scope of this study is supplying or providing of substances, which are capable of endangering health, to children, persons suffering from mental disorder or who uses inhalants. It is also discussed, that whether this crime which is accepted as a danger crime in the context of protected legal value is an abstract danger crime or concrete danger crime and that whether the provision of attempt is applicable or not. The term of "the substances which are capable of endangering health" which is used in the legal text as subject of the crime will conflict with the principal of certainty. Because the substances dangerous to health are not only the alcohol and tobacco products as it mentioned in the preamble of the article, the special provisions which are related to other substances will be evaluated in the scope of this study. For example, if the substance dangerous to health is also an addictive drug, the aggregation provisions related to narcotic drugs and psychotropic substances is one of the problems which should be discussed in details.

Keywords

Dangerous Substance, Persons Suffering from Mental Disorder, Persons Using Volatile Substance, Presenting for Consumption.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 06.11.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1387000.

Bu çalışma, 12-15 Kasım 2020 tarihleri arasında Antalya'da 2020 Bilge Tonyukuk Anısına düzenlenen 3. Uluslararası Türk Dünyası Eğitim Bilimleri ve Sosyal Bilimler Kongresi'nde Prof. Dr. İbrahim DÜLGER Anısı Özel Oturumunda sunulan tebliğin makale formatına getirilmiş halidir. Bu vesileyle merhum hocam Prof. Dr. İbrahim DÜLGER'i bir kez daha saygıyla anıyorum.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / Antalya, Türkiye.

E-posta: mahmutkaplan@akdeniz.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-2006-8785>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Extended Abstract

In this study, the crime of supplying substances dangerous to health, which is regulated in art. 194 of the Turkish Penal Code No. 5237, is examined. The scope of the study includes the acts of providing substances, which are which are capable of endangering health, to children, persons suffering from mental disorder or who uses inhalants, or supplying these materials to these people. In the article it is also discussed whether the type of crime, which is accepted as a danger crime in the context of the legal value protected by the crime, concrete danger crime or abstract danger crime, and whether the attempt to crime provisions can be applied or not in this context.

Including the term of "which are capable of endangering health" as the subject of the crime in the legal regulation will create a contradiction with the principle of legal certainty in terms of the subject of the crime. Because, in the principle of certainty, which is the result of the principle of legality in crime and punishment, the type of crime must be clear and understandable. Substances which are capable of endangering health pose a problem in terms of the principle of certainty, as they may change day by day. Again, since the only substances that can be dangerous to health are not alcohol or tobacco products, as stated in the preamble, other substances may also constitute the subject of the crime. However, a separate problem arises from the fact that the preamble -that reveals the purpose of criminal regulation- narrows the application area of the crime type. Also regulations have been made in various laws regarding the subject of the crime. In terms of the arise of the crime, the relationship between the special regulations that are introduced and the current regulation iss also evaluated within the scope of the study. For example, if the substance which is capable of endangering health is also a substance that creates addiction, the aggregation relationship between drugs and stimulants is one of the problems that need to be revealed. As stated in the preamble of the article, if the substance that is subject to the crime is a drug or a stimulant, drug or stimulant crimes regulated in the "Crimes Against Public Health" section of the Turkish Penal Code will occur. Because drugs or a stimulants are also harmful to health. However, since there is a special regulation in the law regarding these substances, crimes related to drugs or stimulants will be applied to the perpetrator in accordance with the principle of priority of the special norm.

We can summarize the results we achieved within the scope of the study as follows;

The phrase "supply of substances dangerous to health" is included in the title of the article, but it appears that the data regarding both the place where the crime was committed and the typicality of the crime are not compatible in this context. Because giving and offering for consumption of these substances that may be dangerous to the health of vulnerable victims constitutes a crime. For this reason, the title of the article should be "supply of substances harmful to health to vulnerable victims".

The victims of the crime are children, mentally ill people and people using inhalants. In this context, it does not matter whether the children are of full legal age or not. Since in art. 6 of the Turkish Penal Code, a child is defined as a person who has not completed the age of eighteen, in terms of the type of crime, people who have not completed the age of eighteen should be understood as a child, regardless of whether he is of full legal age or not. In terms of persons suffering from mental disorder, in cases other than full mental illness, there must be a connection between the mental illness and the consumption of criminal substances to the extent that it affects the ability to perceive. It is important to determine this in the concrete case.

The production, possession or consumption of criminal substances does not need to require a permit. It is enough for it to be a substance harmful to health.

Substances which are capable of endangering health are not listed in any regulation. For this reason, it must be determined by experts whether the substance given to the victim is dangerous to health. In addition, the regulation is problematic in terms of the principle of legality, as it is not clear what should be understood from substances hazardous to health.

The motive of the perpetrator is not important for the crime. For this reason, the perpetrator does not need to act for commercial purposes. The crime will occur whether the perpetrator gives the substances subject to the crime in return for a consideration or without consideration.

The fact that no importance is attached to the crime being committed in public areas or places close to educational institutions or places of worship constitutes a deficiency in terms of regulation, considering the victim category of the crime. Because the victims of the crime are concentrated in these places and committing the crime there will facilitate its spread.

In the implementation of the criminal article, the Law No. 5898 on the Protection of Human Health from the Harms of Volatile Substances and the Law No. 4250 on the Exclusion of Alcohol and Spiritual Beverages should be taken into particular consideration. Because, in terms of the implementation of Law No. 4250, the crime type turns into concrete danger crime, and with Law No. 5898, a new act in the form of child labor has been added to the optional acts of the crime. Therefore, the judge must carefully examine the special regulations in the cases that is on his desk.

GİRİŞ

Sağlık İçin Tehlikeli Madde Temini Suçu 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının Toplumla Karşı Suçlar başlıklı üçüncü kısmının Kamu Sağlığına Karşı Suçlar başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Maddede sağlık için tehlike oluşturabilecek maddelerin çocuklara akıl hastalarına ve madde bağımlılarına verilmesi veya tüketimine sunulması suç olarak düzenlenmiştir. Düzenleme mülga kanunda suç olarak düzenlenmediğinden yeni bir suçtur¹. Ancak doktrinde *Parlar/Hatipoğlu* mülga kanunun 404/1. maddesi ile 574/2. maddesinde yer alan düzenlemelerin meri TCK m. 194'e karşılık geldiği, unsurların farklılaştırılarak kapsamının genişletildiğini belirtmektedirler². *Gerçeker* ise 765 sayılı TCK döneminde inceleme konusu suç kabahat olarak düzenlendiği tespitine yer vermektedir³. Ancak mülga Kanun m. 404/1⁴'de uyuşturucu maddeleri on sekiz yaşını bitirmeyen küçüklere, aklen malullere veya müptela olan kişilere vermek suç olarak düzenlenmişti. Ancak inceleme konumuz olan suç tipi ise uyuşturucu veya uyarıcı madde dışında kalan sağlık için tehlikeli maddeleri düzenlemektedir. Bu sebeple salt mağdur gruplarının benzemesi aynı suçun karşılığı olduğu sonucunu çıkarmamızı sağlamaz. Zira uyuşturucu veya uyarıcı maddeler 5237 sayılı TCK m. 188 ve devamında özel ola-

¹ Hasan Gerçeker, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. 2, (Ankara, Seçkin, 2020), 1834; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplumla Karşı Suçlar*, (US-A Yayıncılık, Ankara, 2012, 118. Doktrinde *Eroğlu* düzenlemenin mülga TCK'da bir karşılığının olmadığını belirtmektedir. Fulya Eroğlu, "Sağlık İçin Tehlikeli Madde Temini", *Özel Ceza Hukuku*, C. V, *Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019), 421.

² Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu,, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, C. 2, (Ankara, 2007), 1462; Aynı yönde bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, 4. Cilt, (Ankara, Turhan Kitabevi, 2009) 4014; Gürsel Yalvaç, *Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK, CMK, CGTİHK*, 4. Bs, (Ankara, Adalet, 2008), 323. *Arslan ve Azizağaoğlu* ise mülga m. 404/1'in cezasının hafifletilerek ve müptela kişiler ibaresinin uçucu madde kullanan kişiler denilmek suretiyle yeniden düzenlendiğini belirtmişlerdir. Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, (Ankara, Asil Yayınları, 2004), 815.

³ Gerçeker, *TCK*, 1834. Doktrinde *Yaşar/Gökcan/Artuç* ise eserlerinde m. 194'ün 765 sayılı TCK'da karşılığının olmadığını belirttikleri sayfada m. 574/2'nin kısmen karşıladığını belirtmek suretiyle çelişkiye düşmüşlerdir. Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Bs, (Ankara, Adalet, 2014), 6030.

⁴ Madde 404 - (Değişik: 6/6/1991 - 3756/7 md.).

1. Özel bir yer sağlayarak veya başka suretle bir kimsenin uyuşturucu madde kullanmasını kolaylaştıranlar ile bu maddeleri onsekiz yaşını bitirmeyen küçüklere veya aklen malullere veya müptela olan kişilere verenler hakkında 403'üncü maddenin 5 ve 6 numaralı fıkralarında yazılı cezalar altıdabiri oranında artırılarak hükmolunur.

2. Uyuşturucu maddeleri kullananlar ile bu maksatla yanında bulunduranlara, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

3. Uyuşturucu madde kullanan kimse, hakkında herhangi bir tahkikata girilmeden resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isteyecek olursa, kullanma filinden dolayı hakkında kovuşturma yapılmaz.

4. Uyuşturucu maddeleri kullanan kimselerin alışkanlığı iptila derecesinde ise, salahı tıbben anlaşılincaya kadar bir hastanede muhafaza ve tedavisine hükmolunur. Bu kimselerin hastanede muhafaza ve tedavilerine, yetkili mahkemece tahkikatın her safhasında da karar verilebilir.

rak düzenlendiğinden incelenen suç tipinin konusunu oluşturmamaktadır. Benzer şekilde mülga Kanun m. 574/2⁵'de yer alan düzenleme nitelik itibariyle kabahat olarak düzenlendiğinden inceleme konumuz olan suçun yeni bir suç olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Ancak m. 574/2'de alkollü içkilerin “*on sekiz yaşını doldurmamış bir gence veya akıl ve şuurunun zaafı sebebiyle tabii halde olmadığı zahir bulunan bir kimseye*” verilmesi kabahat olarak düzenlendiğinden yeni suç tipinin mülga kabahat hükmünün kapsamının genişleterek suç haline getirildiği görülmektedir. Mülga kanunda kabahat olarak yer alan düzenlemenin kırılğan mağdur⁶ gruplarını koruma adına suç haline getirilmesi isabetli olmuştur.

Madde başlığında sağlık için tehlikeli madde temini ifadesine yer verilmiş ancak bu ifadenin gerek suçun düzenlendiği yer gerekse suçun tipikliğine ilişkin veriler ile uyumlu olmadığı görülmektedir. Zira kırılğan mağdur konumunda olan kişilerin sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek maddelerin verilmesi ve tüketimine sunulması suç teşkil etmektedir. Bu sebeple madde başlığı “sağlığa zararlı maddelerin kırılğan mağdurlara temini” şeklinde olması gerekirdi.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Topluma karşı suçlar kısmının kamu sağlığına karşı suçlar bölümünde yer alan sağlık için tehlikeli madde temini suçu ile korunan hukuksal değerlerin kamu sağlığı olduğu söylenebilir⁷. Ancak tipik hareketlerin gerçekleştirilmesinde inceleme konusu suç özel bir muhatap grup belirlemiştir. Düzenlemeye göre sağlığa zararlı maddelerin çocuklara, akıl hastalarına ve uçucu madde kullananlara temini suç olarak cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla kırılğan mağdur olarak adlandırılan bu grubun sağlığının öncelikle korunduğunu söylemeliyiz. Kamu sağlığı ise tali olarak korunmaktadır⁸.

⁵ Madde 574 - Umumi veya umuma açık yerlerden birinde meşrubat ve sair müskir mevaddı tedarikle birinin serhoşluğuna sebebiyet veren veya bu mevaddı zaten serhoş bir kimseye tedarik eden şahıs otuz liradan elli liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur.

Her nerede olursa olsun on sekiz yaşını doldurmamış bir gence veya akıl ve şuurunun zaafı sebebiyle tabii halde olmadığı zahir bulunan bir kimseye müskirat verenler, iki aya kadar hafif hapse mahkûm olur. Eğer fail, müskirat satıcısı ise muvakkaten meslek ve sanatının tatiline de hüküm olunur.

⁶ 10.6.2020-31151 tarih ve sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan **Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**’nin 7. maddesinde kırılğan mağdur kategorisinde olanlar belirlenmiştir. Anılan fıkraya göre çocukların yanı sıra “*Kadın, yaşlı ve engelli mağdurlar başta olmak üzere, mağdurun kişisel özellikleri, suçun niteliği ve ağırlığı, suçun işlendiği şartlar dikkate alınarak suçtan daha fazla etkilendiği ve korunması gerektiği yapılacak ön değerlendirme ile anlaşılan mağdurlar*” da kırılğan mağdur kategorisindedir. Bu bağlamda inceleme konumuzu oluşturan suçta tipik hareketin yöneldiği guruplar da çocuklar, akıl hastaları ve uçucu madde kullanan kişiler olduğu için suç kırılğan/hassas mağdurlara karşı işlenmektedir.

⁷ Gerçekler, *TCK*, 1834; Parlar ve Hatipoğlu, *TCK*, 1462; Arslan ve Azizağaoğlu, *TCK Şerhi*, 815.

⁸ Aynı yönde bkz. Eroğlu, *Tehlikeli Madde*, 421; Gerçekler, *TCK*, 1834; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *TCK Şerhi*, 6030. *Hafizoğulları/Özen* ise korunan hukuki yararları “çocukların, akıl hastalarının ve uyuşturucu madde kullananların sağlık için tehlikeli olabilecek maddeleri kullanmalarının önüne geçilmesindeki kamusal yarar” olarak ifade etmektedirler. Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 118.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Fail

Suç tipi faillik bakımından özellik arz etmemekte olup herkes bu suçun faili olabilir⁹. Failin kimliğine ilişkin hususlar suç bakımından önemli değildir. Bu kapsamda failin tacir olması veya sağlık mesleği mensubu ya da kamu görevlisi olması verilecek ceza bakımından etki etmeyecektir. Kanaatimizce özellikle çocuklar üzerinde eğitim, gözetim yükümlülüğü olan kişilerin suça konu maddeyi çocuklara vermesi halinin daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmemesi madde açısından bir eksikliklerdir.

2. Mağdur

Madde gerekçesinde ve doktrinde suçun mağdurunun çocuklar, akıl hastaları ve uçucu madde kullanan kişiler olduğu belirtilmektedir¹⁰. Bu kişilerden başkalarına suça konu maddelerin verilmesi ise suç oluşturmayacaktır¹¹. Yargıtay ise bu kişileri suçun mağduru olarak kabul etmemektedir. Hatta topluma karşı işlenen suçlar bakımından fiilden doğrudan etkilenen kişilerin suçtan zarar gören sıfatıyla kamu davasına katılma hakkının bulunduğu genel kabulünün aksine bu kişilerin kamu davasına katılma hakkının bulunmadığı yönünde kararlar vermektedir¹².

⁹ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 118; Parlar ve Hatipoğlu, *TCK*, 1462; Arslan ve Azizağaoğlu, *TCK Şerhi*, 815; Gerçekler, *TCK*, 1834; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *TCK Şerhi*, 6031; Erdener Yurtcan, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, 2. Bs. (İstanbul, Kazancı, 2006), 335.

¹⁰ Haydar Erol, *Türk Ceza Kanunu Gereçeli ve Açıklamalı*, 3. Cilt, 2. Bs. (Ankara, Yayın Matbaacılık, 2010), 3250; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 119; Yurtcan, *Yeni TCK*, 335. *Eroğlu* toplu oluşturan bireylerin de bu suçun mağduru olduğu görüşündedir. *Eroğlu, Tehlikeli Madde*, 422.

¹¹ "Sanığın, üzerine atılı suçun oluşabilmesi için sağlık için tehlike oluşturabilecek maddeleri çocuklara, akıl hastalarına veya uçucu madde kullananlara vermesi veya tüketimine sunmasının gerekmesi, suça konu maddeyi almak için sanıkla irtibat kuran Feramuz isimli şahsın bu kişilerden olmadığının anlaşılması karşısında "Sağlık için tehlikeli madde temin etme" suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, hakkında beraat yerine mahkûmiyet hükmü kurulması", Yarg. 10. CD, E. 2019/1881 K. 2020/251 T. 15.1.2020 ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

¹² "Sanık ... Hakkında Mağdure ...'ye Yönelik ve Sanık ... Hakkında Mağdure ... Yönelik Sağlık İçin Tehlikeli Madde Temini Suçundan Kurulan Hükümlere İlişkin Katılan Mağdureler Vekilinin Temyiz İstemi Yönünden:// Katılan mağdureler sağlık için tehlikeli madde kullanımı suçundan dolayı doğrudan zarar gören olmadığından katılan mağdureler vekilinin kamu davalarına katılma ve hükümleri temyize hakkı bulunmadığı, bu suretle vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrası gözetilerek 1412 sayılı Kanun'un 317 nci maddesi gereğince reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir." Yarg. 9 CD, E. 2021/9563, K. 2023/1390, T. 14.3.2023, ET. 3.11.2023, www.legalbank.net; "Sağlık için tehlikeli madde temin etme suçunun 5237 sayılı TCK'nin ikinci kitabının "topluma karşı suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "kamuun sağlığına karşı suçlar" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde düzenlenmiş olması; belirtilen özelliği gereğince, şikâyetçinin CMK'nın 237. maddesi uyarınca mağdur veya suçtan zarar gören sıfatıyla bu suçlarla ilgili davalara katılma ve hükmü temyiz etme hakkının olmadığı anlaşıldığından, şikâyetçi vekilinin temyiz inceleme isteğinin reddi ile sanığın temyiz istemine hasren yapılan incelemede"; Yarg. 10 CD, E. 2020/22540, K. 2021/9399, T. 29.9.2021, ET. 3.11.2023, www.legalbank.net; Aynı yönde bkz. Yarg. 9 CD, E. 2022/12719, K. 2023/2667, T. 2.5.2023, ET. 3.11.2023, www.legalbank.net.

Çocuk kavramı TCK m. 6'da tanımlanmıştır. Buna göre 18 yaşını doldurmuş kimse çocuktur. Dolayısıyla daha erken yaşta ergin olsa bile TCK uygulaması açısından 18 yaşını dolduruncaya kadar herkes çocuk sayılacaktır¹³. 18 yaşını doldurmamış herkes algılama yeteneğinin varlığına bakılmaksızın çocuktur. Bu sebeple 17 yaşında evlenmiş veya mahkeme kararıyla ergin kılınmış birisine de suça konu maddelerin verilmesi halinde sağlık için tehlikeli madde temini suçu oluşacaktır.

Akıl hastaları ve uçucu madde kullananlar da bu suçun mağduru olarak kabul edilmiştir. Akıl hastaları ile uçucu madde kullananlar bakımından herhangi bir yaş sınırı getirilmemiştir¹⁴. 18 yaşını doldurmuş bir kimse akıl hastası ise suçun mağduru olacaktır. Keyfiyet gerekçede de kabul edilmektedir: *Çocukların yanı sıra, on sekiz yaşını doldurmuş olmakla birlikte, akıl hastası olan veya uçucu madde kullanan kişiler de bu suçun mağduru olabilirler.*

Akıl hastalığının niteliği bakımından ise gerekçede bir değerlendirme yapılmamıştır. Kanaatimizce akıl hastalığının verilen veya tüketime sunulan maddeyi anlamlandırmaya yönelik bir ilişkisi olmalıdır. Yani mağdurun kendisine verilen maddenin sağlığına zarar verebileceğine yönelik algılama yeteneğinin gelişmemiş olması gerekir. Aksi halde kleptomani gibi hırsızlık suçu bakımından ceza sorumluluğuna etki eden bir akıl hastalığının burada da etkisi olması gerekir. Böyle bir sonucun ortaya çıkmaması için algılama yeteneği hiç gelişmemiş veya önemli derecede azalmış akıl hastaları suçun mağduru olarak kabul edilmelidir¹⁵.

Uçucu madde kullanan kimselerin mağdur olabilmesi için bağımlı olmasına gerek yoktur. Zira tiner gibi bir maddenin bu kimselere verilmesinin önlenmesi ile bu kişilerin sürekli kullanarak bağımlı hale gelmesi de önlenecektir. Bu sebeple bağımlı olmayan kişilerin de suçun mağduru kabul edilmesi gerekir¹⁶.

Suçun konusu bahsinde inceleneceği üzere suçun konusunu sağlık için tehlikeli maddeler oluşturmaktadır. Özellikle madde gerekçesinde de belirtildiği üzere alkollü içkiler, tütün mamulleri ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda acaba Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu¹⁷ suçtan zarar gören olarak kabul edilebilir mi?

Yargıtay vermiş olduğu 2016 tarihli bir kararda TAPDK'nin sağlık için tehlikeli madde temin etme suçu bakımından suçun mağduru veya zarar göreni olmadığını belirtmiştir: *“Sağlık için tehlikeli madde temini suçunun 5237 sayılı*

¹³ Eroğlu, *Tehlikeli Madde*, 422; Parlar ve Hatipoğlu, *TCK*, 1462; Gerçeker, *TCK*, 1834; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *TCK Şerhi*, 6031.

¹⁴ Parlar ve Hatipoğlu, *TCK*, 1462; Arslan ve Azizağaoğlu, *TCK Şerhi*, 815.

¹⁵ Aksi yönde bkz. Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 120.

¹⁶ Aksi yönde bkz. Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 120.

¹⁷ Bu kurum 24.12.2017 tarih ve 30280 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 696 sayılı KHK'nın 81. maddesi ile kapatılmış, 80. maddesinde de TAPDK'ya yapılan atıfların ilgisine göre Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığına yapılmış kabul edileceği düzenlenmiştir.

TCK'nın ikinci kitabının "topluma karşı suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "kamuunun sağlığına karşı suçlar" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde düzenlenmiş olması; belirtilen özelliği gereğince, ... ve... Piyasası Düzenleme Kurumu'nun 5271 sayılı CMK'nın 237. maddesi uyarınca mağdur veya suçtan zarar gören sıfatıyla bu suçlarla ilgili davalara katılma ve hükmü temyiz etme hakkının olmadığı anlaşıldığından, ...¹⁸." Benzer şekilde gümrük idaresinin de suçtan zarar gören olmadığı yönünde uygulama yapılmaktadır¹⁹.

Çocuklar, akıl hastaları ve uçucu madde kullanan kişilerin mağdur olarak kabul edilmesi sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira mağdur, korunan hukuksal değeri ihlal edilen kişi olarak tarafımızca tanımlandığından bu kişiler suçun mağduru değil ancak suçtan zarar gören olarak kabul edilebilirler. Ancak yukarıda da yer verdiğimiz üzere Yargıtay bu kişileri suçtan zarar gören olarak dahi kabul etmemektedir²⁰. Bu sebeple suç tipinde veya suç tipinin yerinde yapılacak bir değişiklikle bu kişilerin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesine imkan tanınmalıdır.

3. Konu

Suçun konusunu ise sağlık için tehlikeli olan maddeler oluşturmaktadır. Gerekeçede bu husus şu şekilde açıklanmıştır: *Bu suçun konusu, alkollü içki ve tütün mamülleri gibi, sağlık için tehlikeli olan her çeşit maddedir. Bu bakımdan, insanda bağımlılık yaratması ve sağlık için tehlikeli olması dolayısıyla tiner gibi kimyasal maddeler de bu suçun konusunu oluşturur²¹.*

Gerekeçede tehlikeli maddeler sınırlayıcı olarak sayılmamıştır. Bu sebeple alkol, tütün veya tiner gibi sağlığa zararlı maddelerin hepsi suçun konusunu oluşturacaktır²². Bu yönüyle düzenleme belirlilik ilkesi bakımından sorunludur. Zira sağlığa zararlı olan madde günlük hayatta yaygın kullanımda olan bir madde de olabilir. Bu sebeple sağlık için tehlikeli maddenin kanun koyucunun normu getiriş amacını da dikkate alarak dar yorumlamak gerekir. Aksi halde ceza sorumluluğu ölçsüz bir şekilde genişletilmiş olur.

Madde gerekçesinde örneğe yoluyla sayılan tütün mamulü, alkollü içki ve tinere ilişkin olarak özel düzenlemelerin bulunduğunu belirtmemiz gerekir. Bu

¹⁸ Yarg. 20. CD. E. 2015/14377 K. 2016/1881 T. 5.4.2016. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

¹⁹ Yarg. 7 CD, E. 2021/7063, K. 2022/8423, T. 21.04.2022, ET. 3.11.2023, www.legalbank.net; Aynı yönde bkz. Yarg. 19 CD, E. 2019/35743, K. 2020/10051, T. 07.07.2020 ET. 3.11.2023, www.legalbank.net.

²⁰ Yarg. 10 CD, E. 2020/22540, K. 2021/9399, T. 29.9.2021, ET. 3.11.2023, www.legalbank.net; Aynı yönde bkz. Yarg. 9 CD, E. 2022/12719, K. 2023/2667, T. 2.5.2023, ET. 3.11.2023, www.legalbank.net.

²¹ "5237 sayılı TCK'nın 194. maddesinde düzenlenen sağlık için tehlikeli madde temin etme suçunun konusunu "alkollü içki ve tütün mamülleri gibi, insanda bağımlılık yaratacak ve sağlık için tehlikeli olan maddeler" oluşturduğundan, sanık hakkında sağlık için tehlikeli madde temin etme suçundan mahkûmiyet hükmü verilmişse de atılı suçun unsurları oluşmadığından sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken mahkûmiyet kararı verilmesi" Yarg. 10 CD, E. 2020/22540, K. 2021/9399, T. 29.9.2021, ET. 3.11.2023, www.legalbank.net.

²² Gerçekler, TCK, 1834; Yaşar, Gökcan ve Artuç, TCK Şerhi, 6031.

bağlamda 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 3. maddesi zikredilmelidir. 4207 sayılı Kanun m. 3/8'de, "Tütün ürünleri ve tütün ürünü ihtiva eden ve etmeyen nargile ile benzerleri onsekiz yaşını doldurmamış kişilere satılamaz ve tüketimlerine sunulamaz" sunulamaz denmiştir. Aynı Kanun'un 5/6. maddesinde ise m. 3/8'e aykırılığın yaptırımı düzenlenmiştir. Fıkraya göre "3 üncü maddenin sekizinci fıkrasındaki yasalara aykırı hareket edenler, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Sağlık için tehlikeli madde temini" başlıklı 194 üncü maddesi hükmüne göre cezalandırılır".

Alkollü içkilerin çocuklara satımı veya sunulması 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçeceklerin İhbarı Kanunu m. 6/3'te "Alkollü içkiler, tüketilmek veya beraberinde götürülmek üzere on sekiz yaşını doldurmamış kişilere satılamaz veya sunulamaz." hükmü ile yasaklanmıştır. Aynı Kanun'un 7. maddesinde ise bu yasağa aykırılığın yaptırımı düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu yaptırımı iki şekilde ele almıştır. İlk olarak çocuklara alkollü içki satmak veya sunmak kabahat olarak düzenlemiştir. 4250 sayılı Kanun m. 7/1-b hükmünde keyfiyet "Bu Kanunun 6 ncı maddesinin; b) Üçüncü, (...) fıkralarında belirtilen yasalara aykırı hareket edenlere, on bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar" idari para cezası verilir şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da ilgili fiile ceza öngörülmüştür. Buna göre; 6 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yasağa aykırı hareket edilmesi sonucunda çocuğun sağlığının tehlikeye sokulması hâlinde, fail hakkında ayrıca 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Sağlık için tehlikeli madde temini" başlıklı 194 üncü maddesi hükmüne göre cezaya hükmolunur. Bu durumda hakim somut olayda çocuklara içki satımı veya sunumu söz konusu olduğu hallerde bu fiillerin sonucu olarak çocuğun sağlığının tehlikeye düşüp düşmediğini araştırarak ve eğer çocuğun sağlığı tehlikeye düşmemişse fail hakkında idari para cezasına, çocuğun sağlığı tehlikeye düşmüşse suça ilişkin cezaya hükmedecektir²³. Yargıtay genel uygulaması bu yönde olmakla birlikte Samsun

²³ "1- Hüküm tarihinden önce 11/06/2013 tarihinde yürürlüğe giren 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İhbarı Kanununun 6487 sayılı Kanunla değiştirilen 6. maddesinin 3. fıkrası yollamasıyla 7. maddesinin 2. fıkrasına göre, 18 yaşını doldurmamış kişilere alkollü içki satılması veya sunulması sonucunda; a) Çocuğun sağlığının tehlikeye sokulması halinde, 4250 sayılı Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendindeki idari para cezası ile birlikte, ayrıca 5237 sayılı TCK'nın 194. maddesinde öngörülen cezaya hükmolunması, b) Çocuğun sağlığının tehlikeye sokulmaması halinde ise 4250 sayılı Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi gereğince münhasıran idari para cezası verilmesi", Yarg. 10. CD, E. 2019/6253 K. 2020/900 T. 12.2.2020 ET: 25.10.2020; www.lexpera.com. Aynı yönde bkz. "4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İhbarı Kanununun hüküm tarihinden önce 11/06/2013 tarihinde yürürlüğe giren 6487 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen 7. maddesine göre 18 yaşından küçüklere alkollü içki satılması veya sunulması sonucunda çocuğun sağlığının tehlikeye sokulması halinde ayrıca TCK'nın 194. maddesine göre cezaya hükmolunabileceği, eylemin çocuğun sağlığını tehlikeye sokmaması halinde ise aynı Yasanın 7. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi gereğince münhasıran idari para cezası verilebileceği şeklinde yaptırıma bağlanmış olması karşısında; mağdurun sağlığının tehlikeye sokulup sokulmadığı hususunda uzman hekim raporu aldirılması", Yarg. 10 CD, E. 2019/1120, K. 2019/2189, T. 12.4.2019, ET. 3.11.2023, www.legalbank.net; Aynı yönde bkz. Yarg. 14 CD, E. 2016/10041, K. 2018/940, T. 13.02.2018. ET. 3.11.2023, www.legalbank.net.

Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararında herhangi bir ayırım yapmaksızın doğrudan suçun oluştuğuna hükmetmiştir²⁴.

5898 sayılı Uçucu Maddelerin Zararlarından İnsan Sağlığının Korunmasına Dair Kanun'un 2/1. maddesinde “*Bu Kanun kapsamına giren ürünler, hangi amaçla olursa olsun, çocuklara satılamaz, verilemez. Çocuklar tarafından kullanılabilme ihtimalinin varlığı halinde, bu ürünler yetişkinlere de satılamaz, verilemez*”, m. 2/3'te de “*Bu Kanun kapsamına giren ürünlerin üretildiği veya kullanıldığı yerlerde çocuklar çalıştırılama*” yasağı düzenlenmiştir. Kanun'un 1/2. maddesinde kanunun kapsamı belirlenmiştir. Buna göre “*kırtasiye malzemesi, boya incelticisi, çakmak gazı ve benzeri maddeler ile yapıştırıcı olarak kullanılan ve uçucu madde ihtiva eden ürünleri*” kanun kapsamına dahildir. Bu sebeple inceleme konumuz suçun konusuna bu maddeler de girer. 5898 sayılı Kanun yukarıda yer verdiğimiz yasaklara aykırılığın yaptırımını 3. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre “*2 nci maddenin birinci ve üçüncü fıkralarındaki yükümlülüklerle aykırı hareket eden kişiler; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Sağlık için tehlikeli madde temini” başlıklı 194 üncü maddesi hükmüne göre cezalandırılır*”.

Sağlık için tehlike oluşturan maddelerin üretimi, satılması veya bulundurulmasının izne tabi olmasına gerek yoktur²⁵. İnsan sağlığına zarar verici nitelikte olması yeterlidir. Bu maddelerin yetişkinler bakımından da zararlı olduğu bir gerçek olup mağdur gruplar daha fazla korunmaya ihtiyaç duymaktadır. Zira mağdur kategorisinde belirtilen çocuklar, akıl hastaları ve uçucu madde kullanan kişilerin kendilerine verilen maddelerin sağlığa zararlı olduğunu ayırt edebilecek durumda değildir.

Sağlık için tehlike arz eden maddelerin neler olduğu herhangi bir düzenlemede liste halinde sayılmış değildir. Bu sebeple mağdura verilen maddenin sağlık açısından tehlikeli olup olmadığının uzman kişilerce belirlenmesi gerekir²⁶.

²⁴ “*Her ne kadar sanık A. O. Ö. hakkında sağlık için tehlikeli madde temin etme suçundan dolayı açılan davada ilk derece mahkemesince beraat hükmü verilmiş ise de, sanığın savunması, mağdur ve tanık beyanlarından sanığın 18 yaşından küçük olan mağdur S. A. 'ya alkollü içki verdiği ve onunda içtiği dairemizce sabit kabul edildiğinden, sanık hakkında ilk derece mahkemesince verilen beraat hükmünün kaldırılarak sanığın eylemine uyan TCK'nın 194/1. maddesi uyarınca cezalandırılmasına, sanığın sabıkasız geçmiş suç işlemi konusundaki eğilimi göz önüne alındığında hakkında TCK'nın 62. ve CMK'nın 231. maddelerinin uygulanması gerektiği kanaatine varılarak aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.*”, Samsun BAM, 3 CD, E. 2017/1112, K. 2017/1691, T. 01.11.2017. ET. 3.11.2023, www.legalbank.net.

²⁵ Aksi görüş için bkz. Arslan ve Azizağaoğlu, TCK Şerhi, 815.

²⁶ “*Mağdur ...'nın evinde bulunan ve sanığa ait olan 17 adet 'AB FUBINACA' etken maddesini içeren suç konusu maddeler ile ilgili olarak Erzurum Kriminal Polis Laboratuvarınca verilen ekspertiz raporunun içeriği itibarıyla hüküm kurmaya yeterli olmadığı dikkate alınarak; kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiş ise de; suç konusu maddelerin daha geniş laboratuvar olanaklarına sahip olan İstanbul Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi'ne gönderilerek yeniden rapor alınması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, eksik araştırma ve yetersiz rapora dayanılarak hüküm kurulması, Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, hükmün BOZULMASINA*”, Yarg. 10. CD, E. 2014/10747 K. 2018/1785 T. 20.2.2018. ET. 25.10.2020; www.lexpera.com.

Ayrıca sağlığa zararlı olmasından ne anlaşılması gerektiği de tartışmaya açıktır. Verilen maddenin zararları kısa vadede ortaya çıkabileceği gibi uzun vadede de ortaya çıkabilir. Ayrıca günlük kullanımda olan ve içerdiği koruyucu maddeler nedeniyle sağlığa zararlı olan gıda maddeleri de söz konusu olabilir. Bu sebeple suç tipinin konusunu teşkil eden maddelerin daha anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Mevcut düzenleme belirlilik ilkesini zedeleyecek niteliktedir.

Çocuklara, akıl hastalarına veya uçucu madde kullananlara verilen madde uyuşturucu veya uyarıcı bir madde ise failin sorumluluğu TCK m. 188 ve devamında düzenlenen hükümlere göre belirlenecektir. Madde gerekçesinde de “*bağımlılık etkisi yapan uyuşturucu veya uyarıcı maddeler açısından, bu Bölümde tanımlanan bu hususa ilişkin özel suç hükümleri uygulanır.*” demek suretiyle sağlık için tehlikeli madde temini suçunun tali norm niteliğinde olduğu ortaya konmuştur²⁷.

4. Fii

Suç tipinde iki seçimlik hareket düzenlenmiştir: vermek ve tüketime sunmak. Bu yönüyle inceleme konumuz oluşturulan sağlık için tehlikeli madde temini suçu seçimlik hareketli bir suçtur²⁸. Seçimlik hareketli bir suç olmasının sonucu olarak da fail suça konu tehlikeli maddeyi mağdura verebilir ya da mağdurun tüketimine sunabilir. Hatta fail her iki seçimlik hareketi de işleyebilir.

Vermek, bir malın bir başkasına devredilmesi anlamına gelmekte olup inceleme konumuz olan suç tipi bakımından sağlık için tehlikeli olan maddelerin zilyetliğinin çocuğa, akıl hastasına veya uçucu madde kullananlara devredilmesi gerekir. Suç zilyetliğin devredilmesi ile tamamlanır²⁹.

Suç konu maddelerin çocuklara, akıl hastalarına veya uçucu madde kullanan kişilere belirli bir bedel karşılığında verilmesi gerekmez. Ancak çocuklara verme ivaz karşılığında da olabilir. Bu noktada kanun koyucu bir ayırım gözetmemiştir³⁰. Örneğin çocuğa sigara satmak sağlık için tehlikeli madde temini suçunu oluşturacaktır³¹.

²⁷ Aynı yönde bkz. Eroğlu, *Tehlikeli Madde*, 423; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 119; Parlar ve Hatipoğlu, *TCK*, 1462; Arslan ve Azizağaoğlu, *TCK Şerhi*, 815; Gerçeker, *TCK*, 1834; Fahrettin Demirağ, *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu*, 2. Bs. (Ankara, TBB Yayınları, 2007) 316. “*Esrar olduğu iddia edilen sigaranın temininin sağlayarak içmesi hususunda ısrar edip, mağdureye içirmesi şeklindeki sanığın eyleminin TCK'nın 188/3. maddesindeki suçu oluşturduğunun gözetilmeyerek yazılı şekilde karar verilmesi*”, Yarg. 14 CD, E. 2012/11324, K. 2012/11839, T. 22.11.2012, ET. 3.11.2023, www.legalbank.net.

²⁸ Gerçeker, *TCK*, 1835.

²⁹ Gerçeker, *TCK*, 1835; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *TCK Şerhi*, 6031.

³⁰ Parlar ve Hatipoğlu, *TCK*, 1462; Arslan ve Azizağaoğlu, *TCK Şerhi*, 816; Gerçeker, *TCK*, 1835; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *TCK Şerhi*, 6031.

³¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 3. Bs. (Ankara, Seçkin, 2006), 930; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *TCK Şerhi*, 6031. Aynı yönde bkz. “*06.01.2016 tarihli olay ve muhafaza altına alma tutanağı içeriğine, sanığın ve çocuğun soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki beyanlarına göre sanığın çocuğa sigara sattığının anlaşılması karşısında, sanığın sağlık için tehlikeli madde temin etme suçunu işlediği sabit olduğu halde, mahkûmiyeti yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle beraatine karar verilmesi*”, Yarg. 10 CD, E. 2022/5655, K. 2022/9031, T. 13.09.2022, ET. 3.11.2023, www.legalbank.net.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında çocuğa sigara³² ya da nargile³³ vermenin suçu oluşturacağına hükmetmiştir. Yine suçun kamuya açık alanlarda veya eğitim-öğretim kurumlarına ya da ibadet yerlerine yakın yerlerde işlenmesi açısından bir önem atfedilmemiştir. Bu durum düzenleme yönünden bir eksikliklerdir.

Tüketime sunmak suça konu maddelerin mağdurların kullanımına sunulması anlamındadır. Vermekten farklı olarak burada tehlikeli maddelerin zilyetliğinin devredilmesine gerek yoktur. Failin kontrolünde suça konu maddelerin mağdurların ulaşımına açmak suçun oluşumu bakımından yeterlidir³⁴. Failin mağdurlarla birlikte suça konu maddeleri kullanması haline ilişkin Yargıtay vermiş olduğu bir kararında suçun oluşmayacağına hükmetmiştir³⁵. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararı isabetsizdir. Birlikte kullanım halinde de failin mağdurlara ilgili maddeyi sunması söz konusudur. Örneğin 18 yaşını doldurmuş olan A, almış olduğu alkollü içkiyi çocuk B ve C ile birlikte tüketirse yine suç oluşacaktır.

Doktrinde Yaşar/Gökcan/Artuç verme ve tüketime sunmanın ticari amaç bu- lundurmaya elverişli olması gerekçesiyle aile toplantısı veya bir düğünde çocuğa sigara veya alkollü madde verilmesi halinde suçun oluşmayacağını savunmak- tadır³⁶. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesi de vermiş olduğu bir kararında bu görüşle aynı doğrultuda bir içtihatla bulunmuştur³⁷. Bu görüşe katıl- madığımızı ifade etmek isteriz. Zira gerek maddede gerekse madde gerekçesinde suçun ticari amaçla işleneceğine yönelik bir ibare olmadığı gibi bu anlamı çı- karmamızı sağlayacak bir değerlendirme de bulunmamaktadır. Hem verme veya

³² "Katılanın aşamalandaki samimi görülen ifadeleri ve tüm dosya kapsamından sanığın telefonda ... ve sigara alıp verdiği sabit olmakla atılı suçlardan mahkûmiyeti yerine beraatine karar verilmesi." Yarg. 14. CD, E. 2015/875 K. 2015/6690 T. 25.5.2015. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

³³ Yarg. 10. CD, E. 2014/8266 K. 2019/4439 T. 26.6.2019. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

³⁴ Gerçekker, TCK, 1835; Yaşar, Gökcan ve Artuç, TCK Şerhi, 6031-6032.

³⁵ "Arkadaşlarıyla beraber sanığın evine giden mağdurların burada sanıkla birlikte yemek yiyerek alkol almaları şeklinde gerçekleşen olayda atılı suçun kanuni unsurlarının oluşmadığı gözetilerek sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmedilmesi", Yarg. 14 CD, E. 2012/539, K. 2013/13871, T. 24.12.2013. ET: 3.11.2023, www.legalbank.net.

³⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç, TCK Şerhi, 6032. Hafizoğulları/Özen ise her ne kadar bu işler kazanç elde etmek amacıyla yapılsa da suçun oluşumu bakımından bu maksatla yapılmasının aranma- yacağını ileri sürmektedir. Hafizoğulları ve Özen, Özel Hükümler, 120.

³⁷ "Olay tarihinde sanıklar K1 ve K2'ın birlikte içki içtikleri bir sırada yanlarına gelen 18 yaşından kü- çük mağdurlara içki sunup içmelerine imkan sağladıkları ve mağdurlardan K5'in alkol alması ne- deniyle rahatsızlanıp hastaneye kaldırılmasına neden oldukları, bu şekilde sanıkların sağlık için tehlikeli madde temin ettikleri gerekçesiyle ilk derece mahkemesinde cezalandırılmaları yönünde karar verilmiş ise de; mağdurlardan K3 ve K4'ın içki içtikleri yönünde soyut beyanları dışında adli raporlar ile bir saptama yapılmadığı, sanıkların aksi sabit olmayan savunmalarında "K5'in sarhoş bir halde olay yerine geldiğini" beyan ettikleri, aksi yöndeki iddiaların mağdurun anlatımlarından ibaret kaldığı ayrıca aksi düşünülse dahi sanıkların ticari maksatla içki sunmalarının söz konusu da olmadığı, dolayısıyla suç unsurlarının tartışmalı olacağı ancak mevcut durum açısından delil yetersizliğinden sanıklar hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken ilk derece mahkemesince cezalandırılmaları yönünde karar verilmiş olması isabetsiz görülerek Dairemizce yargılama yap- ılmış ve aşağıdaki hüküm tesis edilmiştir". Ankara BAM, 18. CD. E. 2017/1035 K. 2019/9 T. 17.1.2019. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

tüketime sunmanın ivazsız olabileceğini kabul etmek hem de suçun ticari amaçla işlenebileceğini kabul etmek çelişki oluşturacaktır. Kaldı ki suç tipi ile çocukların, akıl hastalarının veya uçucu madde kullanan kişilerin sağlığı korunduğuna göre, normun bu amacını gerçekleştirilmesi sadece ticari faaliyetleri cezalandırmakla sağlanamaz. Bu sebeple örneğin çocukları suçta kullanmak için bedelsiz sigara/alkol veya diğer zararlı maddelere alıştırma durumunda failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Oysa kanun koyucunun amacı bu değildir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında çocuğa alkollü içecek temin edip içmelerini sağlayan failin fiilini sağlık için tehlikeli madde temin etme suçu olarak kabul etmiştir³⁸.

Sağlık için tehlikeli madde temini suçu neticesi harekete bitişik/sırf hareket suçudur³⁹. Bu sebeple fiilin gerçekleşmesinden ayrı olarak bir neticenin ortaya çıkması aranmaz. Mağdurun suça konu maddeyi kullanması gerekmez.

Suç tipinde yer alan hareketlerin gerçekleştirilmesi kendiliğinden tehlikeli kabul edildiğinden somut bir tehlikenin ortaya çıkması veya bir zararın ortaya çıkması da aranmayacaktır. Bu yönüyle suç tipi soyut tehlike suçudur⁴⁰. Verilen veya tüketime sunulan maddenin mağdur tarafından kullanılması gerekmez. Suç tüketime sunma veya vermekle tamamlanmaktadır. Ancak gerekçede suça konu olarak sayılan alkole ilişkin 4250 sayılı İspirto ve İspirto Lu İçkiler İnhisarı Kanunu'nun 7/3. maddesinin “*çocuğun sağlığının tehlikeye sokulması hâlinde, fail hakkında ayrıca 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Sağlık için tehlikeli madde temini” başlıklı 194 üncü maddesi hükmüne göre cezaya hükmolunur.*” şeklindeki hükmü inceleme konumuz olan suçu sadece çocuklara alkol verme bakımından somut tehlike suçu haline getirmektedir. Eğer

³⁸ “Sanık hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve sağlık için tehlikeli madde temini suçlarından kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince; Mağdurelerin soruşturma evresinde verdikleri samimi anlatımları, yurt görevlileri tarafından düzenlenen 11.01.2012 tarihli sosyal görüşme raporları ile tanık beyanı nazara alındığında, suç tarihinden önce ondört yaşı içerisinde bulunup uğradığı cinsel istismar olayı nedeniyle kız yetiştirme yurdunda kalan mağdure Aynet ile tanışıp çıkmaya başlayan sanığın, olay günü ... ile onbeş yaşı içerisindeki yurt arkadaşı mağdure ...'le buluşmasının ardından evine götürdüğü mağdureleri cebir tehdit veya hile olmaksızın alıkoyduğu sırada her iki mağdureye şarap ile viski temin edip içmelerini sağladığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanığın atılı suçlardan eylemlerine uyan 5237 sayılı TCK'nın 109/1, 3-f, 43/1-2, 194/1, 43/1-2. maddeleri gereğince cezalandırılması yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi,” Yarg. 14. CD, E. 2014/6133 K. 2016/8408 T. 9.12.2016. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

³⁹ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 119; Eroğlu, *Tehlikeli Madde*, 426.

⁴⁰ Gerçekler, *TCK*, 1835. Suç tipinin somut tehlike suçu olduğu yönünde bkz. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Bs, (Ankara, Seçkin, 2019), 216-217. Doktrinde Eroğlu ise “maddede sayılan kişilerin sağlığı üzerinde bir tehlikeye neden olunması gerektiği dikkate alındığında, somut tehlike suçu olarak nitelendirilmelidir” görüşündedir. Eroğlu, *Tehlikeli Madde*, 426. Ancak bu görüş TCK m. 194 düzenlemesi karşısında isabetsizdir. Zira maddede sağlık için bir tehlikenin ortaya çıkması aranmamıştır. Ancak alkollü içecekler bakımından isabetlidir. Zira 4250sayılı Kanun'da çocuklara alkollü içki verilmesinin “*çocuğun sağlığının tehlikeye sokulması halinde*” ifadesi geçtiğinden artık suç somut tehlike suçu haline gelecektir. Bu ayrıma dikkat edilmesi gerekmektedir.

18 yaşından küçüklere alkol satılması veya sunulması söz konusu ise 4250 sayılı Kanun gereği çocuğun sağlığının tehlikeye düşmesi gerekmektedir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında 14 yaşında ve 15 yaşındaki çocuklara viski ve şarap içiren⁴¹, yine çocuğa votka içiren⁴² kişinin hareketinin TCK m. 194'ü oluşturduğuna hükmetmiştir. Ancak gerek İzmir Bölge Adliye Mahkemesi⁴³ gerekse de Yargıtay zikredilenlerden başka vermiş olduğu bir kararında çocuğa alkol verilmesi olayında çocuğun sağlığının etkilendiğine dair raporun olmamasını bozma nedeni saymıştır⁴⁴.

Suçun seçimlik hareketlerinin “vermek” ve “tüketimine sunmak” olduğunu yukarıda vurguladık. Ancak kanun koyucu 5898 sayılı Uçucu Maddelerin Zararlarından İnsan Sağlığının Korunmasına Dair Kanun m. 2/3'de “*Bu Kanun kapsamına giren ürünlerin üretildiği veya kullanıldığı yerlerde çocuklar çalıştırılmaz*” yasağını düzenlemiştir. Kanun'un 1/2. maddesinde kanunun kapsamı belirlenmiştir. Buna göre “*kırtasiye malzemesi, boya incelticisi, çakmak gazı ve benzeri maddeler ile yapıştırıcı olarak kullanılan ve uçucu madde ihtiva eden ürünleri*” kanun kapsamına dahildir. Aynı Kanun'un 3. maddesinde de keyfiyetin TCK m. 194'e göre cezalandırılacağı belirtilmiştir: *2nci maddenin birinci ve*

⁴¹ Yarg. 14. CD, E. 2014/6133 K. 2016/8408 T. 9.12.2016. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

⁴² “*Dosya kapsamına göre, sanığın olay tarihinde mağdureye sağlık için tehlike oluşturabilecek madde kapsamında bulunan votka içirmek suretiyle TCK'nın 194/1. maddesinde düzenlenen sağlık için tehlikeli madde temini suçunu işlediği anlaşıldığından, ek savunma hakkı verildikten sonra sanığın bu suçtan cezalandırılması yerine yazılı şekilde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraatine karar verilmesi*”, Yarg. 14. CD, E. 2013/9150 K. 2015/9383 T. 15.10.2015. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

⁴³ “*Dosyanın tetkikinde; her ne kadar Karşıyaka 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 29/12/2017 tarih ve 2017/582 Esas, 2017/1013 Karar sayılı kararı ile sanığın TCK'nın 194/1, 50/1-a maddeleri gereğince 7.200 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ise de; sanığın alınan savunmasında üzerine atılı suçlamayı kabul etmediği, tanık olarak beyanı alınan mağdurun dayısı K4'nin mağdurun sanığa ait işyerinde alkol almadığını belirttiği, mağdurunda sanığa ait işyerinde alkol almadığını, enerji içeceği aldığını beyan ettiği, mağdurun sanığa ait işyerinde alkol aldığına dair kesin delil bulunmadığı gibi dosya kapsamında mağdur K3'in sağlığının bozulduğuna ya da etkilendiğine ilişkin herhangi bir rapor yada tespit bulunmadığı, TCK'nın 194. maddesine göre özel düzenleme niteliğinde olan 4250 sayılı yasanın 6/3. Maddesinin “Alkollü içkiler, tüketilmek veya beraberinde götürülmek üzere on sekiz yaşını doldurmamış kişilere satılamaz veya sunulamaz.” hükmünü içerdiği yine aynı yasanın 7/2. Maddesinde de “6 nci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yasağa aykırı hareket edilmesi sonucunda çocuğun sağlığının tehlikeye sokulması hâlinde, fail hakkında ayrıca 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Sağlık için tehlikeli madde temini” başlıklı 194 üncü maddesi hükmüne göre cezaya hükmolunur.” hükmünü içerdiği dolayısıyla suçun oluşması için mağdur çocukların sağlığının tehlikeye sokulması koşulunun arandığı, suçun subutuna ilişkin yasanın aradığı anlamda ve mahiyette bir rapor bulunmadığı, bu nedenle suçun yasal unsurlarının oluşmadığı; 4250 sayılı kanunun 7/2 fıkrasındaki açık düzenleme karşısında cürüm niteliğindeki eylemin kabahat fiiline dönüşmesinin söz konusu olamayacağı, öte yandan 4250 sayılı kanunun 6 ve 7/1-c bendi gereğince kabahat fiilini oluşturan eylem bakımından ayrıca işlem yapılması gerektiği anlaşıldığından sanığın CMK.223/2 (a) maddesi gereğince ayrı ayrı beraatine karar verilmesi gerektiği anlaşılmıştır”. İzmir BAM, 17. CD, E. 2018/964 K. 2019/147 T. 5.2.2019; Aynı yönde bkz. Yarg. 10. CD, E. 2014/2294 K. 2019/2370 T. 29.4.2019. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.*

⁴⁴ Yarg. 20. CD, E. 2017/200 K. 2017/2306 T. 11.4.2017. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

üçüncü fıkralarındaki yükümlülüklere aykırı hareket eden kişiler; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Sağlık için tehlikeli madde temini" başlıklı 194'üncü maddesi hükmüne göre cezalandırılır. Bu sebeple inceleme konumuz suça 5898 sayılı Kanun ile bir hareket daha eklenmiştir: *çocuk çalıştırma*. Kırtasiye malzemesi, boya incelticisi, çakmak gazı ve benzeri maddeler ile yapıştırıcı olarak kullanılan ve uçucu madde ihtiva eden ürünlerin üretildiği veya kullanıldığı yerlerde çocukların çalıştırılması da sağlık için tehlikeli madde temini suçuna vücut verecektir.

Sağlık için tehlike teşkil eden maddelerin bulundurulması, üretilmesi veya depolanması ya da nakledilmesi gibi kamu sağlığına karşı suçlarda cezalandırılan eylemler madde kapsamında cezalandırılmamaktadır. Ancak gerekçede suça konu olarak verilen alkollü içkiler, tütün mamulleri bakımından ilgili kanunlarda üretim, satım, bulundurma, nakletme gibi hususlara ilişkin özel düzenlemeler bulunduğundan madde kapsamında bu fiillerin cezalandırılmaması anlaşılabilir. Bununla birlikte suça konu maddeler sadece bunlarla sınırlı olmadığından düzenlemenin toplum sağlığını koruyacak şekilde olması gerekirdi.

B. MANEVİ UNSURLAR

İnceleme konusu suç kasten işlenebilir. Bu sebeple failin çocuğa, akıl hastasına veya uçucu madde kullanan kişilere verdiği maddenin sağlık için tehlikeli madde olduğunu, mağdurun sayılan guruplara dahil olduğunu bilmesi gerekir⁴⁵. Örneğin fail suça konu maddeyi verdiği kişinin çocuk olduğunu bilmelidir⁴⁶. Suçun oluşumu açısından failin sakine önem verilmemiştir⁴⁷. Bu sebeple suça konu maddelerin mağdurlara hangi maksatla verildiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Suçun taksirli hali düzenlenmediğinden failin suçun maddi unsurlarına ilişkin hatası söz konusu olduğu durumda kastı kalkacaktır.

⁴⁵ Doktrinde *Hafizoğulları/Özen* mağdurun suçun maddi unsurlarına dahil olmadığını, mağdurun niteliği üzerinde hataya düşmenin fiili hata sayılmayacağını, failin mağdurun niteliğinde hataya düştüğü iddiasının hukuki bir değerinin olmadığını, fail hataya düşürülmüş olmadıkça mağdurun niteliğinde hataya düşmenin sonuçlarına katlanacağını ileri sürmektedirler. Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 122. Bu görüşe katılmamaktayız. Zira mağdur suçun unsurlarına dahildir ve mağdurun niteliğinde hata inceleme konumuz olan suç tipi bakımından esaslı bir hata halidir. 18 yaşından büyük olduğunu düşündüğümüz kimseye sigara verdiğimiz takdirde kasten hareket ettiğimizden bahsedemeyiz. Suçun taksirli hali de cezalandırılmadığından sorumluluk doğmayacaktır. Yine uçucu madde kullanan kişinin bu özelliğini bilmeyen kimse de sağlık için tehlikeli madde temini suçunu işleyemez.

⁴⁶ "...satin alan ve on sekiz yaşından küçük olduğu belirtilen ... ve ...'ün nüfus kayıtları getirtilerek yaşları belirlenmeden eksik araştırma ile hüküm kurulması", Yarg. 20. CD, E. 2015/14576 K. 2017/5679 T. 31.10.2017, ET: 25.10.2020; www.lexpera.com. Kararda her ne kadar mağdurların yaş tespitinin yapılmasına hükmedilmişse de hakim veya mahkeme tarafından dış görünüşü itibarıyla net bir şekilde belirlenemeyen bir durumda failin hataya düştüğü savunmasına itibar edilmesi gerekmektedir.

⁴⁷ Arslan ve Azizağaoğlu, *TCK Şerhi*, 816; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 120-121. Aksi yönde görüş olarak *Yaşar/Gökcan/Artuç* suçun ticari amaçla işlenmesi gerektiğini belirtmektedirler. Yaşar, Gökcan ve Artuç, *TCK Şerhi*, 6032.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Suç tipi bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeni öngörölmüş değildir. Bu bağlamda genel prensipler geçerlidir. Ancak ilgilinin rızası bu suç için irdelelenebilir. Zira mağdur suça konu maddenin kendisine verilmesini istemiş olabilir. İlgilinin rızasının geçerli olabilmesi için kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konuya ilişkin olarak rıza vermesi gerekir. Ayrıca rıza vermeye yeteneğine de sahip olması gerekir⁴⁸. Bu sebeple sağlığa zararlı maddeler bakımından çocukların, akıl hastalarının veya uçuucu madde kullananların bu suça rıza göstermeleri mümkün değildir. Bu kişilerin rızalarına geçerlilik tanınmamıştır⁴⁹.

III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Sağlık için tehlikeli madde temini suçunun tipik hareketlerini verme ve tüketime sunma fiilleri ile çocuk çalıştırma oluşturmaktadır. Suç tipinin seçimlik hareketlerini incelediğimiz zaman suçun sırf hareket suçu şeklinde düzenlendiğini görüyoruz. Teorik olarak sırf hareket suçlarında hareket eğer kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bu noktada örneğin çocuğa sigara vermeye çalışan birisi henüz sigarayı vermeden, çocuğa sigarayı uzattığı anda yakalanırsa suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Madde gerekçesinde ise “*Suç, sağlık için tehlikeli olabilecek maddelerin çocuklara veya akıl hastalarına verilmesiyle, söz konusu maddelerin bu kişilerin tüketimine sunulmasıyla oluşur. Bu bakımdan, söz konusu suça teşebbüs de tamamlanmış suç gibi cezalandırılmayı gerektirmektedir*”. denildiğinden doktrin tarafından keyfiyet eleştirilmiştir.

Doktrinde bir görüş gerekçeden hareketle bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını, suça teşebbüsün de tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığını belirtmektedir⁵⁰. Diğer bir görüş ise madde gerekçesinde suça teşebbüsün tamamlanmış gibi cezalandırılacağı belirtilmişse de bu suça teşebbüsün mümkün olduğunu ifade etmiştir⁵¹. Aynı yöndeki başka bir görüş ise gerekçenin verme ve tüketime sunmanın hareketin aşamaları olduğu varsayımında olduğunu, oysa verme zilyetlik devrini, tüketime sunma ise kendi hakimiyetinde kullanıma sunmayı veya özgülemeyi ifade etmektedir. Bu sebeple failin maddeyi verirken yakalanması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanabilecektir⁵². Bu yöndeki bir diğer görüş ise verme ve tüketime

⁴⁸ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bs, (Ankara, Seçkin, 2020), 294-296; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bs, (Ankara, Seçkin, 2020), 336-338; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bs, (Ankara, Adalet, 2019), 499 vd.

⁴⁹ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 121.

⁵⁰ Arslan ve Azizağaoğlu, *TCK Şerhi*, 816; Parlar ve Hatipoğlu, *TCK*, 1462-1463.

⁵¹ Gerçeker, *TCK*, 1835; Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 119.

⁵² Yaşar, Gökcan ve Artuç, *TCK Şerhi*, 6033.

sunmanın tamamlanamadığı durumlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanacağını, gerekçede yer alan ibarenin suç genel teorisine uygun olmadığını belirtmektedir⁵³.

B. İŞTİRAK

İştirak açısından sağlık için tehlikeli madde temin etme suçu bir özellik arz etmez. Bu sebeple iştirake ilişkin genel kurallar geçerli olacaktır. Ancak “çocuk çalıştırma” fiili temadi arz ettiğinden temadi süresince azmettirme dışında iştirak mümkündür. Örneğin işyerini başka bir kimsenin devralarak çocuğu çalıştırmaya devam ederek müstakil fail ve ya işyerine ortak olmak suretiyle çocuğu çalıştırmaya devam ederek müşterek fail şeklinde iştirak mümkün olabilecektir.

C. İÇTİMA

Madde düzenlemesinde içtima ilişkin olarak özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple genel prensipler geçerlidir.

Aynı kişiye değişik zamanlarda sağlığa zararlı madde verme halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Yine TCK m. 43/1 gereği mağduru gayri muayyen olan suçlar bakımından da zincirleme suçun uygulanması mümkün olduğundan büfeye gelen çocuklara alkol satma veya tütün mamulü satma halinde de fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Büfeye gelen birden fazla çocuğun paralarını denkleştirmek suretiyle tek bir sigara paketi satın alması olayında TCK m. 43/2 gereği zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir⁵⁴. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında aynı mekanda dört çocuğa nargile servisi yapan kişi hakkında TCK m. 43/2'nin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁵. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde karar verdiği de görülmektedir⁵⁶.

⁵³ Yurtcan, *Yeni TCK*, 335; Eroğlu, *Tehlikeli Madde*, 427.

⁵⁴ Yaşar, Gökcan ve Aruç, *TCK Şerhi*, 6033; Eroğlu, *Tehlikeli Madde*, 429. Doktrinde *Hafizoğulları/Özen* aynı anda birden fazla kişiye verme fiilinin gerçekleştirilemeyeceği için zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmektedir. Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 120. Yargıtay ise tek fiille birden fazla kişiye verme halinde TCK m. 43/2 gereği zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. “*Sanığın, sağlık için tehlikeli madde temin etme eylemini, birden fazla mağdura karşı tek bir fiil ile gerçekleştirmesi karşısında, TCK'nın 43/2. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmemiş ise de, karşı temyiz olmadığından bozma yapılamayacağı*”, Yarg. 18. CD, E. 2015/7719 K. 2015/4169 T. 6.7.2015. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

⁵⁵ Yarg. 20 CD, T. 28.9.2017, E. 2015/14301, K. 2017/4774, karar için bkz. Eroğlu, *Tehlikeli Madde*, 429, dn. 9. Aynı yönde bkz. “*Sanıkların, 19/07/2013 tarihinde tanık olarak dinlenen ve 18 yaşından küçük olan ...'a sigara satma eylemi ile, üzerilerine atılı “sağlık için tehlikeli madde temin etme” suçunu işledikleri sabit ise de; sanıkların savunmalarının aksine, 18 yaşından küçük başka çocuklara sigara sattıklarına dair mahkumiyetlerine yeterli, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, sanıklar hakkında şartları oluşmadığı halde TCK'nın 43. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayin edilmesi*”, Yarg. 20. CD, E. 2019/1216 K. 2020/3497 T. 29.6.2020. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

⁵⁶ “*Sanık savunmaları, mağdurlar ... ile Süleyman'ın anlatımları ve tüm dosya kapsamına göre sanığın, mağdurlar ... ile ... içmeleri için sigara vermek suretiyle sağlık için tehlikeli madde temin etme suçunu işlediği gözetilmeden, mağdur sayısınca mahkumiyetine karar verilmesi yerine yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması*”, Yarg. 14 CD, E. 2017/468, K. 2017/1471, T. 21.03.2017, ET. 3.11.2023, www.legalbank.net.

Doktrinde bir görüş suçun işlenmesi ile birlikte mağdurun sağlığının tehlikeye girmesi halinde gerçek içtima hükümleri gereği faile her bir suçtan ayrı ayrı ceza verileceği ileri sürülmüştür⁵⁷. Bu durumda her ne kadar tek bir fiille gerçekleşen iki ayrı suç varmış gibi gözükse bu suçlardan birisi zarar diğeri de tehlike suçu olduğundan buradaki suçların çokluğu görünüştedir. Bu sebeple zarar suçu söz konusu olduğunda tehlike suçu geri çekilecek ve fail zarar suçundan sorumlu tutulacaktır. Bu sebeple zararlı madde temini mağdurun sağlığını tehlikeye atmışsa manevi unsura bağlı olarak kasten veya taksirle yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

Sağlık için tehlikeli madde aynı zamanda uyuşturucu veya uyarıcı madde de olabilir. Bu gibi hallerde uyuşturucu veya uyarıcı maddeler kanunda özel olarak düzenlendiğinden özel normun önceliği prensibi gereği TCK m. 188 ve devamı maddeler öncelikli olarak uygulanacaktır⁵⁸.

Çocuklara alkollü içki verilmesi veya sunulmasının söz konusu olduğu durumlarda 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçeceklerin İhisarı Kanunu hükümlerinin dikkatle incelenmesi gerekir. Zira anılan Kanun'un 7. maddesinde çocuklara alkollü içki verilmesini çocuğun sağlığı açısından tehlike oluşturup oluşturmadığına bağlı olarak iki farklı şekilde yaptırım altına alınmıştır. Çocuğun sağlığı açısından tehlike oluşuyorsa TCK m. 194, çocuğun sağlığı açısından tehlike oluşmuyorsa 4250 sayılı Kanun m. 7/1-b'de yer alan kabahate ilişkin hüküm uygulanacaktır⁵⁹. Bu sebeple çocuklara alkollü içki verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda hem TCK m. 194'e göre daha sonrada yürürlüğe giren hem de özel kanun olması nedeniyle 4250 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekir⁶⁰. Yargıtay suç tarihinin 4250 sayılı Kanun'da 6487 sayılı Kanunla yapılan değişiklik tarihinden önce olduğu durumlarda lehe kanun uygulaması yaparken sadece 4250 sayılı Kanun hükümlerini dikkate almaktadır: *"Sanık ... hakkında zincirleme şekilde sağlık için tehlikeli madde temin etme suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesine gelince;// 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İhisarı Kanununun 24.05.2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun ile değiştirilen 7. maddesine göre onsekiz yaşından küçüklere alkollü içki satılması sonucunda çocuğun sağlığının tehlikeye sokulması halinde TCK'nın 194. maddesine göre cezaya hükmolunabileceği; sanığın onsekiz yaşından küçük*

⁵⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *TCK Şerhi*, 6033.

⁵⁸ Eroğlu, *Tehlikeli Madde*, 423; Aynı yönde yine bkz. Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 119; *Parlar ve Hatipoğlu*, *TCK*, 1462; Arslan ve Azizağaoğlu, *TCK Şerhi*, 815; Gerçeker, *TCK*, 1834; Demirağ, *TCK ve KK*, 316.

⁵⁹ Yarg. 10. CD, E. 2019/6253 K. 2020/900 T. 12.2.2020. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

⁶⁰ 4250 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri 24/5/2013 tarih ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir. Bu kanun 11.06.2013 tarih ve 28674 sayılı Resmi Gazetede ilan edilmiştir. Anılan Kanun'un 34. maddesinde de 3. maddenin yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

mağdurlara 05.01.2012 günü alkollü içki satmak şeklinde sabit olan eyleminin hükümden önce yürürlüğe giren 4250 sayılı Kanunun 6487 sayılı Kanunla değiştirilen 6. maddesinin üçüncü fıkrası yollamasıyla 7. maddesinin birinci fıkrasının b. bendinde öngörülen idari para cezasıyla yaptırma bağlanmış olması karşısında; sanığın hukuki durumunun yeniden belirlenmesinde zorunluluk bulunması⁶¹,”. Değişiklik öncesi çocuklara alkollü içki verilmesi 4250 sayılı Kanun’da kabahat olarak düzenlenmişti. Ancak aynı fiil TCK m. 194 bağlamında suç olarak düzenlendiğinden Kabahatler Kanunu m. 15 gereği içtima ilişkisi çerçevesinde çözülmesi gereken mesele Yargıtay tarafından hatalı bir şekilde sadece özel kanun hükümleri dikkate alınarak çözülmektedir⁶².

SONUÇ

Sağlık İçin Tehlikeli Madde Temini Suçu 5237 sayılı TCK’nın ikinci kitabının Toplumla Karşı Suçlar başlıklı üçüncü kısmının Kamu Sağlığına Karşı Suçlar başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Maddede sağlık için tehlike oluşturabilecek maddelerin çocuklara akıl hastalarına ve madde bağımlılarına verilmesi veya tüketimine sunulması suç olarak düzenlenmiştir. Düzenleme mülga kanunda suç olarak düzenlenmediğinden yeni bir suçtur.

Madde başlığında sağlık için tehlikeli madde temini ifadesine yer verilmiş ancak gerek suçun düzenlendiği yer gerekse suçun tipikliğine ilişkin verilerin bu bağlamda uyumlu olmadığı görülmektedir. Zira kırılğan mağdur konumunda olan kişilerin sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek maddelerin verilmesi ve tüketime sunulması suç teşkil etmektedir. Bu sebeple madde başlığı “sağlığa zararlı maddelerin kırılğan mağdurlara temini” şeklinde olması gerekir.

Suçun mağduru çocuklar, akıl hastaları ve uçuca madde kullanan kişilerdir. Ancak suç tipinin düzenlendiği yer itibariyle bu kişiler suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir. Yargıtay ise bu kişileri suçtan zarar gören olarak kabul etmemekte ve kamu davasına katılma hakları bulunmadığına hükmetmektedir. Bu sebeple maddenin yerinin veya düzenleme şeklinin bu sorunu çözecek şekilde değiştirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Sağlığa zararlı madde temin edilen çocukların reşit olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Akıl hastaları bakımından ise tam akıl hastalığı dışında kalan hallerde akıl hastalığının suça konu maddelerin tüketimi bakımından algılama yeteneğini etkileyecek ölçüde bir bağlantısının olması gerekir. Somut olayda bunun tespiti önemlidir.

⁶¹ Yarg. 14. CD, E. 2016/10041 K. 2018/940 T. 13.2.2018; Yarg. 3. CD, E. 2019/2507 K. 2019/10202 T. 13.5.2019; Yarg. 10. CD, E. 2014/2294 K. 2019/2370 T. 29.4.2019. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

⁶² Yarg. 20. CD, E. 2015/14088 K. 2016/1305 T. 7.3.2016; Yarg. 3. CD, E. 2019/2507 K. 2019/10202 T. 13.5.2019. ET: 25.10.2020; www.lexpera.com.

Suçta konu maddelerin üretimi, bulundurulması veya tüketiminin izne bağlı olmasına gerek yoktur. Sağlık için zararlı bir madde olması yeterlidir.

Sağlık için tehlike arz eden maddelerin neler olduğu herhangi bir düzenlemede liste halinde sayılmış değildir. Bu sebeple mağdura verilen maddenin sağlık açısından tehlikeli olup olmadığının uzman kişilerce belirlenmesi gerekir. Ayrıca sağlık için tehlikeli maddelerden nelerin anlaşılması gerektiği belirli olmadığından düzenleme kanunilik ilkesi açısından sorunludur.

Failin saiki suç bakımından önemli değildir. Bu sebeple failin ticari amaçla hareket etmesine gerek yoktur.

Suçun kamuya açık alanlarda veya eğitim-öğretim kurumlarına ya da ibadet yerlerine yakın yerlerde işlenmesi açısından bir önem atfedilmemiş olması suçun mağdur kategorisi dikkate alındığında, düzenleme yönünden bir eksiklik oluşturmaktadır. Benzer şekilde failin eğitici, öğretici, kamu görevlisi olması veya mağdurlar açısından bakım gözetim yükümlülüğü altında olması halleri nitelikli hal olarak düzenlenmelidir.

Suçta ilişkin maddenin uygulamasında 5898 sayılı Uçucu Maddelerin Zararlarından İnsan Sağlığının Korunmasına Dair Kanun ile 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçeceklerin İnhisarı Kanunu özellikle dikkate alınmalıdır. Zira 4250 sayılı Kanun uygulaması bakımından suç tipi somut tehlike suçuna dönüşmektedir. Hakimin somut olayda tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de tespit etmesi gerekir. 5898 sayılı Kanun ile TCK m. 194'te sayılan seçimlik hareketlere ilave seçimlik hareket düzenlenmektedir. Buna göre seçimlik hareketlerden birisi de 5898 sayılı Kanunda düzenlenen çocuk çalıştırmadır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Arslan, Çetin ve Azizağaoğlu, Bahattin. *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*. Ankara: Asil Yayınları, 2004.
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, A. Caner. *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, 4. Cilt. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- Demirağ, Fahrettin. *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu*, 2. Bs. Ankara: TBB Yayınları, 2007.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Eroğlu, Fulya. "Sağlık İçin Tehlikeli Madde Temini", *Özel Ceza Hukuku, C. V, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Erol, Haydar. *Türk Ceza Kanunu Gerekçeli ve Açıklamalı*, 3. Cilt, 2. Bs. Ankara: Yayın Matbaacılık, 2010.
- Gerçekler, Hasan. *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2012.
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bs. Ankara: Seçkin, 2020.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 3. Bs. Ankara: Seçkin, 2006.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Bs. Ankara: Seçkin, Ankara, 2019.
- Parlar, Ali ve Hatipoğlu, Muzaffer. *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, C. 2*, Ankara: Yayın Matbaacılık, 2007.
- Yalvaç, Gürsel. *Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK, CMK, CGTİHK*, 4. Bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Yaşar, Osman, Gökcan, Hasan Tahsin ve Artuç, Mustafa. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Yurtcan, Erdener. *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, 2. Bs. İstanbul: Kazancı, 2006.

İnternet Kaynakları

www.legalbank.net.

www.lexpera.com.

HAYVAN REFAHI: DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN YENİ BİR SINIRLANDIRMA NEDENİ Mİ?*

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep HAZAR**

Öz

Felsefi ve bilimsel boyutlarıyla ele alınabilen hayvan refahı kavramı, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hem Avrupa Birliği hem Avrupa Konseyi nezdinde hukuki düzenlemelerin konusunu oluşturmaya başlamıştır. Hayvan refahına ilişkin AB düzenlemeleri; AB'ye üye devletlerin, hissedebilen varlıklar olarak kabul edilen hayvanların refahına azami ölçüde dikkat etmeleri gerektiğini belirlemiştir. Düzenlemeler aynı zamanda, AB'nin ve üye devletlerin dini ayinlere saygı gösterme zorunluluğunu içerir. Hayvan refahını koruma yükümlülüğü bağlamında, AB'ye üye devletler hayvan kesiminde *öldürmeden önce bayılma* işlemini uygulamak zorundadır. AB müktesebatınca bir ilke olarak kabul edilen söz konusu işlem, Belçika'da yaşayan Musevi ve Müslümanların bir bölümü tarafından din ve inanç özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir. Bu durum din ve inanç özgürlüğü ile hayvan refahının karşı karşıya gelmesine neden olmuştur. Çalışmada ilk olarak, dini kurallara uygun hayvan kesiminin, din ve inanç özgürlüğünün kapsamına girip girmediği sorusuna cevap aranmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin din ve inanç özgürlüğü çerçevesindeki içtihatları ve 2000 yılında vermiş olduğu *Cha'are Shalom ve Tsedek v. Fransa* kararı uyarınca, dini kurallara uygun hayvan kesimi uygulamaları, din ve inanç özgürlüğünün bir parçası olarak kabul edilmiştir. Çalışma kapsamında cevabı aranan ikinci soru ise hayvan refahının, dini kurallara uygun hayvan kesimi bağlamında din ve inanç özgürlüğünü sınırlandıran bir neden olup olmadığıdır. Avrupa Birliği Adalet Divanının 2020 yılında verdiği *Belçika Merkez İsrail Konseyi ve Diğerleri* kararı ile dini kurallara uygun hayvan kesimi, hayvanların refahının korunması amacı çerçevesinde tekrar tartışılmaya açılmıştır. ABAD mevzubahis kararda, çağdaş demokratik toplumlar için hayvan refahının son yıllarda yükselen bir değer olduğunu ifade etmiştir. ABAD'a göre hayvan refahı, toplumdaki değişimler ışığında, din ve inanç özgürlüğü bağlamında daha fazla dikkate alınmalıdır. ABAD'ın insan hakları metinlerinin dinamik doğasına yaptığı vurgu ve bir insan hakkı karşısında hayvan refahını dikkate alarak orantılılık incelemesi yapması, hayvanların menfaatlerinin yalnızca din ve inanç özgürlüğü bağlamında değil genel olarak insan haklarını sınırlandıran bir neden olarak ortaya çıkışının ayak sesleri olarak okunabilir.

Anahtar Kelimeler

Hayvan Refahı, Din ve İnanç Özgürlüğü, Din ve İncancı Açıklama Özgürlüğü, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Haklarının Sınırlandırılması.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 16.10.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 26.12.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1376911.

(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı / Ankara, Türkiye.

E-posta: zeynep.hazar@hbv.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5735-9116>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

ANIMAL WELFARE: IS IT A NEW LEGITIMATE AIM FOR LIMITATION ON FREEDOM OF CONSCIENCE AND RELIGION?

Abstract

The concept of animal welfare, which can be addressed with its philosophical and scientific dimensions, has begun to be the subject of legal regulations in both the European Union and the Council of Europe since the second half of the 20th century. European Union regulations on animal welfare has determined that since animals are considered sentient beings, The Member States must pay full regard to the welfare requirements of animals. EU and member states are also obliged to respect the legislative or administrative provisions and customs of the Member States relating in particular to religious rites. In the context of this obligation, Member States must apply the stunning process before slaughtering animals. The process in question was considered as a violation of freedom of conscience and religion by some Jews and Muslims living in Belgium. This situation has caused a conflict between freedom of conscience and religion and animal welfare. The first question asked in the study was whether ritual slaughter was within the scope of freedom of conscience and religion. According to the case-law of the European Court of Human Rights, ritual slaughter should be considered as right to manifest a religion. The second question to be answered within the scope of the study is whether animal welfare is a legitimate aim that limits freedom of conscience and religion in the context of ritual slaughter. The Court of Justice of the European Union, in *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* and *Others* decision, underlined that animal welfare is a European value and emphasis the dynamic nature of human rights documents. This evaluation can be read as the footsteps of the emergence of the interests of animals as a legitimate aim to limiting human rights not only in the context of freedom of conscience and religion, but also in general.

Keywords

Animal Welfare, Freedom of Conscience and Religion, Right to Manifest a Religion, The Court of Justice of the European Union, The European Court of Human Rights, Limitation of Human Rights.

Extended Abstract

Animal welfare is a concept which can be addressed with its philosophical and scientific dimensions. The demand of the animal welfare approach, in its philosophical dimension, is that animals should be saved from unnecessary suffering and treated humanely. The most common scientific definition of animal welfare is accepted as a state of being well. Thanks to development of scientific studies on animal welfare indicators, animal welfare has begun to be the subject of legal regulations in both the European Union and the Council of Europe since the second half of the 20th century. European Union regulations on animal welfare has determined that since animals are considered sentient beings, The Member States must pay full regard to the welfare requirements of animals. EU and member states are also obliged to respect the legislative or administrative provisions and customs of the Member States relating in particular to religious rites. Another important regulation in the EU Acquis, in terms of our subject of this study, is the Regulation No 1099/2009 regarding the killing of animals. According to the recital 4 of the Regulation No 1099/2009, animal welfare is an European value and prior stunning is a reflecting form of this value. The prior stunning process which is accepted as a principle by the European Union acquis was considered as a violation of freedom of conscience and religion by some of the Jews and Muslims living in Belgium. According to the Jewish and Muslim communities, special rules and procedures regarding the consumption of food, called zebh method or halal food in Islam and shechita method or kosher in Judaism, are incompatible with the pre-stunning process. This situation has caused a conflict between freedom of conscience and religion and animal welfare. In the study, first of all, an answer is sought to the question of whether ritual slaughter falls within the scope of freedom of conscience and religion. In the light of the case-law of the European Court of Human Rights, freedom of conscience and religion is discussed within a dual framework: *forum internum* which can be called the inherent aspect of this freedom and, *forum externum* which includes its manifestation in the outside world. In accordance with the case-law of the European Court of Human Rights within the framework of freedom of conscience and religion ritual slaughter have been accepted as a part of *forum externum*, in other words the right to manifest one's religion. The second question to be answered within the scope of the study is whether animal welfare is a legitimate aim that limits freedom of conscience and religion in the context of ritual slaughter. With *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* and *Others* decision of the Court of

Justice of the European Union in 2020, ritual slaughter has been reopened for discussion within the framework of protecting the welfare of animals. According to the Court of Justice of the European Union's decision, animal welfare is a value to which contemporary democratic societies have attached increasing importance for a number of years. The Court of Justice of the European Union also stated that animal welfare should be taken into account to a greater extent in the context of ritual slaughter, in the light of changes in society. The Court of Justice of the European Union concluded that resolving conflicts of various rights and principles accepted by the European Union can be achieved by striking a fair balance between the conflicting issued. The Court of Justice of the European Union's emphasis on the dynamic nature of human rights documents and its proportionality review, can be read as the footsteps of the emergence of the interests of animals as a legitimate aim to limiting human rights not only in the context of freedom of conscience and religion but also in general.

GİRİŞ

Hristiyanlık inancında hayvansal gıdaların tüketimine ilişkin özel bir kural bulunmazken, İslamiyet'te *zebh usulü* ya da *helal gıda*, Musevilikte ise *shehita usulü* (*shechita*) ya da *koşer* (*kocher*) olarak isimlendirilen bazı hususi kural ve usuller benimsenmiştir. Her iki dinde benimsenen ve temel itibariyle benzer özellikler gösteren bu özel kural ve usuller, son yıllarda Avrupa'da yükselen bir değer olarak kabul edilen *hayvan refahı* ile karşı karşıya gelmektedir. Avrupa Birliği müktesebatınca hayvan refahının korunması temel amacı bağlamında, hayvan kesiminde ilke olarak kabul edilen *öldürmeden önce bayılma* (*prior-stunning*) işlemi Yahudi ve Müslüman toplumunun bir kısmı tarafından, din ve inanç özgürlüğüne haksız bir müdahale içerdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Ulusüstü ve uluslararası hukuki düzenlemeler çerçevesinde meydana gelen tartışmalar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı gibi merciilerin verdiği kararlar da din ve inanç özgürlüğü ile hayvan refahı arasındaki ilişkinin “ne olduğu” ya da zaman zaman “ne olması gerektiği”nin çerçevesini çizmektedir.

Bu çalışmada dini kurallara uygun hayvan kesimi tartışmaları bağlamında, hayvan refahının din ve inanç özgürlüğünü sınırlandırmasının mümkün olup olmadığı sorusunun cevabı aranmaktadır. Bu kapsamda birinci bölümde ilk olarak dini kurallara uygun hayvan kesiminin din ve inanç özgürlüğünün kapsamına girip girmediği tartışılacaktır. Bunun için öncelikle din ve inanç özgürlüğünün kapsamının ne olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesince belirlenecektir. İkinci olarak ise İslamiyet'te ve Musevilik'te dini kurallara uygun hayvan kesiminin kural ve usulleri kısaca ortaya konacaktır. Böylelikle dini kurallara uygun hayvan kesiminin, din ve inanç özgürlüğünün içe yönelik (*forum internum*) ve / veya dışa yönelik (*forum externum*) alanına dahil olup olmadığı tespit edilecektir. Birinci bölümde son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin din ve inanç özgürlüğü ile dini kurallara uygun hayvan kesimine ilişkin en önemli kararı *Cha'are Shalom ve Tsedek v. Fransa*'da ortaya konulan temel ilkeler ele alınacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde, din ve inanç özgürlüğüne bir müdahale nedeni olarak hayvan refahı kavramının felse-

fi ve bilimsel boyutlarıyla anlamının ne olduğu sorusunun cevabı aranacaktır. Bunun yanı sıra hayvan refahına ilişkin Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği standartlarının, hayvan refahını genel olarak nasıl ele aldığı ve özel olarak din ve inanç özgürlüğü karşısında nasıl konumlandığı ortaya konacaktır. Son olarak ise din ve inanç özgürlüğü ile hayvan refahına ilişkin en güncel ve önemli karar olan Avrupa Birliği Adalet Divanının *Belçika Merkez İsrail Konseyi ve Diğerleri* kararı tartışılacaktır.

I. DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ VE DİNİ KURALLARA UYGUN HAYVAN KESİMİ

A. DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Din ve inanç özgürlüğünün normatif varlığını, insan hakları alanında bir kilometre taşı olarak kabul edilebilecek 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'ne kadar geri götürmek mümkündür. Fransız Bildirisi'nin 10. maddesine göre "Hiç kimse, dışavurumu yasalarla oluşturulan düzene zarar vermediği sürece inançları nedeniyle sorumlu tutulamaz¹."

İnsan hakları alanında bir diğer dönüm noktası olarak nitelendirebileceğimiz BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 18. maddesi de din ve inanç özgürlüğüne ayrılmıştır:

Her şahsın, fikir, vicdan ve din hürriyetine hakkı vardır; bu hak, din veya kanaat değiştirmek hürriyeti, dinini veya kanaatini tek başına veya topluca, açık olarak veya özel surette, öğretim, tatbikat, ibadet ve ayinlerle izhar etmek hürriyetini içerir².

Din ve inanç özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS ya da Sözleşme)'nde ise "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" başlığı altında aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din ve inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.
2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir³.

¹ <https://www.elysee.fr/en/french-presidency/the-declaration-of-the-rights-of-man-and-of-the-citizen>, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.

² https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/trk.pdf, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.

³ https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 10. maddesi AİHS ile aynı başlık ve aynı ilk paragraf ile din ve inanç özgürlüğünü koruma altına almıştır:

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din ve inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.
2. Vicdani ret hakkı, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak tanınmaktadır⁴.

1982 Anayasası'nın 24. maddesi “din ve vicdan hürriyeti” başlığıyla söz konusu hakkı ayrıntılarıyla düzenlemiştir:

Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14'üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarından okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.

Yukarıda alıntılanan düzenlemelerin yanı sıra diğer birçok uluslararası düzenlemeye bakıldığında⁵ ve diğer bazı ulusal anayasal düzenlemeler incelendi-

⁴ https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_2_tadil_antlasmalari/2007_eu_charter_eng.pdf, Erişim Tarihi: Ekim 14, 2023.

⁵ Örneğin Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesi:
 “1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir.
 2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamaz.
 3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir.
 4. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, ana-babaların ve, uygulanabilir olan durumlarda, yasalarca saptanmış vasilerin, çocuklarına kendi inançlarına uygun bir dinsel ve ahlaki eğitim verme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdürler.”; <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaralliskinSozlesme.pdf>, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.
 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (San Jose Pakti) 12. maddesi:

ğinde⁶, din ve vicdan özgürlüğünün kapsamının iki temel boyut çerçevesinde ele alınabileceği görülmektedir.

1. Forum Internum (İnanç Özgürlüğü)

Din ve inanç özgürlüğünün ilk boyutu, söz konusu özgürlüğün kişinin iç dünyasına dönük veçhesi olarak düşünebileceğimiz *forum internum*dur. Kavram, Latince “bir araya gelme, tartışma alanı, agora” anlamına gelen “forum” kelimesi ile “içinde, dahilinde, içe doğru” anlamlarına gelen “intern(us)” kelimesinin birlikteliğinden oluşur. *Forum internum* kişilerin dini inançları da dahil tüm inanışlarını ve vicdani kanaatlerini korur. Bu hak, “bir dine inanma ya da inanmama” özgürlüğü olarak da formüle edilebilir⁹. Doktrindeki bazı yazarlar din ve vicdan

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir.

2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamaz.

3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir.

4. Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, ana-babaların ve, uygulanabilir olan durumlarda, yasalarca saptanmış vasilerin, çocuklarına kendi inançlarına uygun bir dinsel ve ahlaki eğitim verme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdürler.”; https://www.oas.org/dil/access_to_information_American_Convention_on_Human_Rights.pdf, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.

Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı’nın 8. maddesi:

“Vicdan özgürlüğü, dinsel inançları açıklama ve dinsel vecibelerin serbestçe yerine getirilmesi güvence altına alınmıştır. Kamu düzeni saklı kalmak kaydıyla, hiç kimseye bu özgürlüklerin kullanılmasını sınırlamayı amaçlayan zorlayıcı önlemler uygulanamaz.”; Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı, Çev. İbrahim Kaboğlu, Oğuz Dönmez, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 3, 401-418 (1985), 404.

⁶ Örneğin İspanya Anayasası’nın 16. maddesi:

“1. Bireyler ve toplulukların ideoloji, din ve ibadet özgürlüklerinin ifade edilmesinin, hukukla korunan kamu düzenini sürdürmek için zorunlu sınırlamalar dışında, hiçbir şekilde sınırlandırılmaması güvence altına alınır.

2. Hiç kimse ideolojisine, dinine veya inançlarına ilişkin açıklama yapmaya zorlanamaz.

3. Hiçbir din, devlet dini niteliğinde değildir. Kamu mercileri İspanyol toplumunun dini inançlarını gözönünde bulundurur ve dolayısıyla Katolik Kilisesi ve diğer mezheplerle uygun işbirliği ilişkilerini devam ettirir.”; <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 4. maddesi:

“[Din, vicdan ve inanç özgürlüğü; askerlik hizmetinin reddi]

(1) Din ve vicdan özgürlüğü ile din ve dünyevi inanç özgürlüğüne dokunulamaz.

(2) Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır.

(3) Hiç kimse, vicdanına aykırı olarak, silahlı savaş hizmetine zorlanamaz. Konunun ayrıntıları federal yasayla düzenlenir.”; https://www.bpb.de/system/files/dokument_pdf/Grundgesetz_TR_endgültig.pdf, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.

⁷ <https://www.etyonline.com/word/forum>, Erişim Tarihi: Temmuz 22, 2023.

⁸ <https://www.etyonline.com/word/intern>, Erişim Tarihi: Temmuz 22, 2023.

⁹ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı (Ankara: Orion Yayınevi, 2012), 202.

özgürlüğünün içe dönük veçhesini, “vicdan özgürlüğü” olarak isimlendirmiştir¹⁰. Kanaatimizce *forum internum* dilimize “inanç özgürlüğü” olarak çevirmek daha isabetlidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ya da diğer insan hakları sözleşmeleri din ya da inancın tanımını yapmamıştır. Bununla birlikte inanç kavramı, düşünce ve vicdanı da içine alan bir “üst kavram” olarak kabul edilebilir¹¹. “İnanılan şey, görüş, öğretisi, itikat¹²” gibi çeşitli anlamlara gelen “inanç” kelimesinin geniş çerçevesi, bu yorumun yapılmasını mümkün kılmaktadır¹³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme ya da AİHM) de Sözleşme’nin 9. maddesinin birincil boyutunun dini inançları koruyan *forum internum* olduğunu belirtmiştir¹⁴. Nitekim maddeye ilişkin ilk içtihatları şekillendiren Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) kararlarında da 9. maddenin *forum internum* olarak isimlendirilen alanının “öncelikli olarak kişisel inançlar ve dini inanışları koruduğu” ifade edilmiştir¹⁵. Sözleşme’nin 9. maddesiyle korunan “inançlar”ın, 10. maddede açığa vurulması koruma altına alınan görüş ya da düşüncelerden farkı, “belirli bir düzeyde inandırıcılık, ciddiyet, bütünlük ve önem¹⁶” düzeyine ulaşmış olmasıdır. Komisyonun 1993 yılında vermiş olduğu bir kabuledilemezlik kararına göre 9. madde ile esas olarak korunmak istenen görüşler, “dinler, felsefi veya ideolojik evrensel değerlere ilişkin teoriler (religions, or theories on philosophical or ideological universal values¹⁷)”dir.

Konuya ilişkin doktrin ve AİHM içtihatlarından hareketle inanç özgürlüğünün kapsamında birbiriyle bağlantılı üç ana hakkın olduğunu söylemek mümkündür: (1) İstenilen inanca sahip olma, (herhangi bir) inanca sahip olmama ve inancı değiştirme hakkı (2) Din ya da inancı açıklamaya zorlanmama hakkı (3) (Herhangi) Bir inancı benimsemeye zorlanmama hakkı.

Forum internum her şeyden önce kişinin istediği bir dini ya da felsefi inancı serbestçe benimsemesi ya da benimsememesi hakkını içerir. AİHS metninde açık bir biçimde düzenlenen *inancı değiştirme hakkı* da inanma hakkının doğal bir

¹⁰ Hande Seher Demir, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 70.

¹¹ Carolyn Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 51, 53.

¹² *Türkçe Sözlük*, 11. Baskı (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2011), 1186.

¹³ Berke Özenç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnanç Özgürlüğü ve Türkiye* (İstanbul: Kitap Yayınevi, 2006), 32.

¹⁴ Nolan and K. v. Russia, 2512/04, 12.02.2009, § 59.

¹⁵ Vereniging Rechtswinkels Utrecht v. The Netherlands (Com)(Dec), 11308/84, § 1; Van Den Dungen v. The Netherlands (Com)(Dec), 22838/93, 22.02.1995, § 1.

¹⁶ Campbell and Cosans v. The United Kingdom, 7511/76, 7743/76, 25.02.1982, § 36; Valsamis v. Greece, 21787/93, 18.12.1996, § 25; Folgerø and Others v. Norway, 15472/02, 29.06.2007, § 84; Eweida and Others v. The United Kingdom, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 27.07.2013, § 81.

¹⁷ F.P. v. Germany (Com)(Dec), 19459/92, 29.03.1993.

sonucu olarak ortaya çıkar. Zira bir kişiye istediği inanca sahip olma hakkı vermek o inancı istediği zaman değiştirme hakkını da beraberinde getirir, aksi halde hak tek seferlik bir dini inanç ya da kanaat seçme hakkına indirgenmiş olur ki bu hakkın özüyle çelişir. Kişilerin inanç mekanizmalarını toptan biçimde koruyan bu hak, yalnızca bir din ya da başka bir inanç sistemine inananları değil; deistler, ateistler ve inanç konusunda şüpheli ya da ilgisiz olan agnostikleri de kapsar¹⁸. Nitekim AİHM; Müslümanlık¹⁹, Hıristiyanlık²⁰ ve Musevilik²¹ gibi genel kabul gören dinlerin yanında Budizmi²², Alevilik inancını²³, Hinduizmin çeşitli varyasyonlarını²⁴, Sihizm²⁵, Taoizm²⁶ ve Yehova Şahitliği²⁷ gibi dinsel oluşumları; ayrıca ateizm ve agnostisizm²⁸, pasifizm²⁹, neo-paganizm³⁰ ve vejetaryenlik³¹ gibi felsefi inançları ve tinsel uygulamaları da 9. madde çerçevesinde ele almıştır.

İnanç özgürlüğünün bir diğer alt başlığı ise *din ya da inancını açıklamaya zorlanmama hakkıdır*. Esasında kişilerin istediği inanca sahip olma hakkı doğal olarak bu hakkı da beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte, söz konusu hakkın ek özelliğinin (ve öneminin) kişilerin ayrımcı uygulamalara karşı korunması olduğu söylenebilir. Özellikle nüfusun büyük bir kısmının aynı dine mensup olduğu ülkelerde, azınlıkta kalan inançların (ya da inançsızlıkların) baskı gör-

¹⁸ Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention of Human Rights*, 61.

¹⁹ Örneğin bkz. Leyla Şahin v. Turkey, 44774/98, 29.06.2004; Kosteski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, 55170/00, 13.04.2006; S.A.S. v. France, 43835/11, 01.07.2014; Hamidović v. Bosnia and Herzegovina, 57792/15, 05.12.2017; Abdi Ibrahim v. Norway, 15379/16, 10.12.2021.

²⁰ Örneğin bkz. Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 5095/71, 5920/72, 5926/72, 07.12.1976; Buscarini and Others v. San Marino (GC), 24645/94, 18.02.1999; Eweida and Others v. The United Kingdom.

²¹ Örneğin bkz. Cha'are Shalom ve Tsedek v. France (GC), 27417/95, 27.06.2000.

²² Örneğin bkz. X v. Austria (Com)(Dec), 1753/63, 15.02.1965; X. v. The United Kingdom (Com)(Dec), 6886/75, 18.05.1976.

²³ Örneğin bkz. Hasan Eylem Zengin v. Turkey, 1448/04, 09.10.2007; İzzettin Doğan and Others v. Turkey, 62649/10, 26.04.2016.

²⁴ Iskcon and Others v. The United Kingdom (Com)(Dec), 20490/92, 08.03.1994; Kovalkovs v. Latvia (Dec), 35021/05, 31.01.2012.

²⁵ Phull v. France (Dec), 35753/03, 11.01.2005; Jasvir Singh v. France (Dec), 25463/08, 30.06.2009.

²⁶ X v. The United Kingdom (Com)(Dec), 6886/75, 18.05.1976.

²⁷ Örneğin bkz. Kokkinakis v. Greece, 14307/88, 25.05.1993; Larissis and Others v. Greece, 23372/94, 24.02.1998; Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia, 302/02, 10.06.2010; Krupko and Others v. Russia, 26587/07, 26.06.2014.

²⁸ Örneğin bkz. Young and James v. The United Kingdom (Com)(Dec), 7601/76, 7806/77, 11.07.1977, 134; Lautsi v. Italy, 30814/06, 03.11.2009, § 55; Lautsi and Others v. Italy, 30814/06, 18.03.2011, § 31.

²⁹ Örneğin bkz. Arrowsmith v. The United Kingdom (Com)(Dec), 7050/75, 16.05.1977; Dyagilev v. Russia, 49972/16, 10.03.2020; Taganrog Lro and Others, 32401/10 and 19 others, 07.06.2022, § 140 and 167.

³⁰ Ásatrúarfélagið v. Iceland (Dec), 22897/08, 18.09.2012; Ancient Baltic Religious Association Romuva v. Lithuania, 48329/19, 08.06.2021.

³¹ Örneğin bkz. Jakóbski v. Poland, 18429/06, 07.12.2010.

mesinin önüne geçmek, kişilerin din ve inançlarını açıklamaya zorlanmamasıyla mümkündür³². Bu ayrımcılık tehlikesi AİHM nezdinde, zorunlu din dersleri³³ ve nüfus cüzdanlarında yer alan din hanesi³⁴ gibi konularda ele alınmıştır.

İnanç özgürlüğü bağlamında ele alınabilecek son hak ise *herhangi bir inancı benimsemeye zorlanmama hakkı*dır. Söz konusu hak, belki de din ve inanç özgürlüğünün kişiye içkin, ona özel ve baskılardan uzak bir alan olması gerektiği fikrinin en somut tezahürüdür. Nitekim din ve inanç özgürlüğünün mutlak alanına ilişkin tartışmalar da sıklıkla bu hak bağlamında yapılır. Zira kişilerin dini inançlar başta olmak üzere tüm inanışlarının mutlak bir biçimde koruma altına alındığı iç dünyası ile çoğunlukla devletlerin egemenlik haklarını kullanarak düzenlediği eğitim sistemleri ve zaman zaman diğer kişilerin din ve inançlarını açıklama özgürlüğü karşı karşıya gelebilir. Bu durum, Sözleşme’de mutlak bir hak olarak düzenlenen inanç özgürlüğünün, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkı ile 9. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen din ve inancı açıklama özgürlüğü ile zaman zaman çatışmasına neden olmaktadır. Mahkemeye göre devletin, kişileri kamu gücüyle gerçekleşen *sistemik telkinden* (indoctrination³⁵) ve sınırı aşan *bireysel telkinden* (*proselytism*) koruma sorumluluğu vardır.

Forum internum, bir mutlak insan haklarıdır. Bu durumun iki temel nedeni vardır. İlk olarak inanç özgürlüğü hem Sözleşme metninde hem de diğer uluslararası sözleşmelerde sınırlandırma hükmü içermeden düzenlenen haklardan biridir. Bu bakımdan mutlak bir insan hakları olarak nitelendirilir³⁶. Diğer yandan *forum internum*, niteliği itibarıyla de bir mutlak insan hakkıdır. İnsan hakları alanında mutlak haklar, “hakkın özü ile hakkın kendisinin aynı olduğu haklar” şeklinde tanımlanabilir³⁷. Mutlak bir insan hakkına yapılan müdahale, doğrudan hakkın özüne yapılan bir müdahaledir. Nitekim *forum internum* kapsamında yukarıda sayılan tüm haklara yapılacak bir müdahale, hakkın özüyle yakından ilgilidir. Bu bağlamda devletlerin *forum internum*un mutlak alanına müdahale edilmesini

³² Özeng, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnanç Özgürlüğü ve Türkiye*, 58-61.

³³ Örneğin bkz. Hasan Eylem Zengin v. Turkey.

³⁴ Örneğin bkz. Sofianopoulos, Spaidiotis, Metallinos and Kontogiannis v. Greece, 1988/02, 1997/02, 1977/02, 12.12.2002, Sinan Işık v. Turkey, 21924/05, 02.02.2010; Stavropoulos and Others v. Greece, 52484/18, 25.06.2020.

³⁵ Mahkemenin eğitim hakkı bağlamında başlayan içtihadı Parlamento üyelerinin göreve başlamadan önce kutsal incile yemin etme zorunluluğu (Buscarini and Others v. San Marino[GC]); bir ilkökul öğretmenin görevini yerine getirirken başörtüsü takmasının küçük yaştaki çocuklar üzerindeki olası etkileri (Dahlab v. Switzerland [Dec], 42393/98, 15.02.2001); devlet okullarında sınıf duvarlarına asılan haçların çocukların din ve inanç özgürlüğü üzerindeki muhtemel telkin etkisi (Lautsi v. Italy) gibi çeşitli konularda ele almış ve yinelemiştir.

³⁶ Bengü Merve Derin Türkoğlu, “İnanç Özgürlüğünün İç Boyutu”, *TİHEK Akademik Dergisi*, C. 5, S. 8 (2022): 123, 124. 121-142.

³⁷ Zeynep Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 271.

“orantılılık” testi bağlamında değerlendirmesi söz konusu olamaz. Mutlak haklar, nitelikleri itibarıyla başka hak ve menfaatlerle tartılamaz ve orantılılığın konusunu oluşturamaz³⁸.

2. Forum Externum (Din ve İnancını Açıklama Özgürlüğü)

AİHM’e göre 9. maddenin ikinci boyutu, dini inançların dışı vurumunu (pratikteki tezahürünü) içeren *forum externum*dur³⁹. Sözleşme’nin ifadesiyle 9. maddede “tek başına ya da topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet (*worship*), öğretim (*teaching*), uygulama (*practice*) ve ayin (*observance*) yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir”. Sözleşme metninden hareketle din ve inancını açıklama özgürlüğünün dört temel eylem çerçevesinde gerçekleştiğini söylemek mümkündür: (1) İbadet (2) Öğretim (Telkin) (3) Uygulama (4) Ayin.

Bütün din ve inanç sistemlerini içine alacak biçimde bir tanımlama yapmak gerekirse *ibadet*, kutsal bir varlığa (semavi dinlerde Tanrı’ya) ya da kutsal bir güce yönelik yapılan eylemlerdir. Bu eylemler dini davranışla ilişkilendirilir ve neredeyse tüm din ve inanç sistemlerinin genel bir özelliğidir. Kutsal olarak kabul edilen varlığa ya da güce yönelik eylemler; ritüeller, çeşitli dua etme biçimleri, dans, vecd haliyle konuşma, vaaz, muhtelif kişilere ya da şeylere hürmet, sessiz meditasyon, kutsal müzik ya da şarkı gibi birçok dini (kült) töreni içerir⁴⁰. Sözleşme’de geçen *ayin* terimi de özel bir *ibadet* biçimi olarak değerlendirilebilir. Strazburg Mahkemesi içtihadına göre; Budist bir mahkumun sakal bırakması ve yoga yapması⁴¹, Müslüman bir mahkumun gece namaz kılması⁴², Kıpti Hristiyan ve Hristiyan olan başvuruçuların boyunlarına “haç” takmaları⁴³, Yehova’nın Şahitleri inancına sahip kişilerin toplu halde ibadet etmeleri⁴⁴, Alevi inancına mensup kişilerin cemevinde bir araya gelerek sema ve cem yapmaları⁴⁵ gibi eylemler, din ve inancın *ibadet* formunda açıklanmasının farklı görünüm biçimleridir.

Din ve inancı açıklama özgürlüğünün diğer bir formu ise *öğretim* (telkin) dir. *Forum internum* ile güvence altına alınan inanma ve inanç değiştirme özgürlüğü, kişinin diğer inanç sistemlerini öğrenebilme olanaklarına sahip olması halinde mümkündür. Keza Mahkemeye göre din ve inancını açıklama özgürlüğü ilkesel olarak *başka bir kişiyi o dine katılmaya ikna etme hakkını* içerir. Bir kişiye

³⁸ Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, 82, 83.

³⁹ Nolan and K. v. Russia, 2512/04, 12.02.2009, § 59.

⁴⁰ <https://www.britannica.com/topic/worship>, Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2023.

⁴¹ C v. The United Kingdom, 10358/83, 15.12.1983.

⁴² Korostelev v. Russia, 29290/10, 12.05.2020.

⁴³ Eweida and Others v. The United Kingdom.

⁴⁴ Manoussakis and Others v. Greece, 18748/91, 26.09.1996.

⁴⁵ İzzettin Doğan and Others v. Turkey.

telkin ile başka bir kişiyi belirli bir dine girmeye ikna etme hakkı verilmezse, 9. maddede güvence altına alınan din ve inançları değiştirme hakkı anlamsız hale gelecektir⁴⁶. Diğer taraftan bireylerin din ve inançlarına dair temel öğretileri öğrenmesi, bu öğretilerde derinleşmesi ve arzu ediyorlarsa diğer insanlara ya da çocuklarına öğretmesi de inanç özgürlüğü bakımından oldukça mühimdir. Mahkeme, örneğin, Yunanistan'a karşı yapılan *Kokkinakis* başvurusunda, bir komşusunu Yehova Şahidi olmaya ikna etmeye çalışan başvuruçunun *proselytism*⁴⁷ faaliyetini, Rusya'ya karşı verilen birçok kararda ise Yehova'nın Şahitleri inancına mensup grupların dini metinlerini toplu olarak çalışmasını ve tartışmasını⁴⁸, din ve inancını açıklamanın *telkin* formuyla ilişkilendirmiştir⁴⁹.

Din ve inancını açıklama özgürlüğünün Sözleşme'de düzenlenen bir diğer ve en geniş formu ise *bir din ya da inancın uygulamalarıdır*. *Uygulama* kavramı maddede geçen diğer üç kavramı da içerebilecek niteliktedir⁵⁰. *İbadet, eğitim ve ayin* esnek içeriklerine rağmen çerçevesi -görece- daha kolay çizilebilecek kavramlardır. Konu *bir din ya da inancın uygulaması* olduğunda ise bu sınırı çizmek daha zordur. Bir inancın Mahkeme tarafından gerekli olarak nitelendirilen inandırıcılık ve önem düzeyine ulaştığı her durumda dahi, o inançtan mühlhem ya da etkilenen fiillerin tamamının Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında bir "açıklama" olduğu söylenemez⁵¹. *Arrowsmith v. Birleşik Krallık* kararı konu bakımından oldukça önemlidir. *Uygulamanın* bu geniş içeriğinin sakıncalarını gidermek için Komisyon başvuruya ilişkin 1977 yılında verdiği kararında "9 (1) maddesinin amaçları bakımından, açıklamanın inançla gerçek bir bağı olması gereklidir"⁵² diyerek ilk sınırı çizmiştir. Komisyonun *Arrowsmith* başvurusuna ilişkin raporunda ise konuya ilişkin içtihadın temel ilkeleri ortaya konulmuştur:

⁴⁶ *Kokkinakis v. Greece*, § 31; Hazar, *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, 271.

⁴⁷ Proselytizm (yaygın olmayan Türkçe kullanımıyla Prozelitizm), köken itibarıyla Hıristiyanlığın Katolik yorumunda ve olumsuz anlamda, bir kişinin inancından dönmelerini / döndürülmesini sağlayan eylemleri ifade etmek için kullanılır. Katolik Roma Kilisesine göre bu eylemlerin prozelitizm olarak adlandırılması için, kişinin iç dünyasına yaklaşımda *uygunsuz* tutum ve davranışları içermesi gereklidir; *Common Witness and Proselytism: A Study Document* (ER Vol. 22 No 1), Joint Working Group between the Roman Catholic Church and the World Council of Churches (1971), 11, <https://archive.org/details/wccjwgrccwcc005/page/11/mode/1up>, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2023. Söz konusu eylemlerin "uygunsuz" olması gerekliliği kişilerin inanç özgürlüğüne müdahale incelemesi bakımından oldukça önemli bir kriterdir; Tad Stahnke, "Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law", *BYU L. Rev.*, Vol 1, Iss. 1 (1999): 258, 260, 266 dp. 38.

⁴⁸ *Kuznetsov and Others v. Russia*, 184/02, 11.01.2007; § 57; *Taganrog Lro and Others v. Russia*, 32401/10 and 19 others, 07.06.2022, § 197.

⁴⁹ *Kokkinakis v. Greece*, § 31.

⁵⁰ Özeç, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnanç Özgürlüğü ve Türkiye*, 69.

⁵¹ Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights, Freedom of Thought, Conscience and Religion, Updated on 31 August 2022, 12, § 29, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_9_eng, Erişim Tarihi: Temmuz 31, 2023.

⁵² *Arrowsmith v. The United Kingdom (Com)(Dec)*, 127.

Komisyon, 9(1) maddesinde bulunan “uygulama” teriminin bir din ya da inanç nedeniyle ya da etkisiyle meydana gelen bütün eylemleri kapsamadığını düşünmektedir. ... bireylerin eylemleri, söz konusu inancı gerçekten ifade etmiyorsa, bu inanç nedeniyle ya da etkisiyle yapılmış olsalar dahi 9. madde bağlamında koruma göremezler⁵³.

Komisyonla göre 9. madde, din ve vicdan özgürlüğünün ilk boyutuyla, diğer bir ifadeyle kişilerin kişisel inanç ve dini inanışlarıyla yakından bağlantılı olan “bir dinin ya da genel kabul gören bir inancın uygulanmasının yönleri olan ibadet ya da bağlılık gösteren eylemler gibi” eylemleri de korur⁵⁴. Komisyonla göre, “Belirli bir ifadenin 9 (1) maddesinin koruma alanına dahil olup olmadığının tespiti öznel değil nesnel bir teste göre yapılmalıdır⁵⁵.” Bu nedenle kişilerin bireysel ve subjektif değerlendirmeleriyle bir eylemi bir din ya da inançla “yakından bağlantılı” görmesi, o eylemin 9. maddenin korumasından yararlanacağı anlamına gelmez. Mahkeme söz konusu yakın bağlantıyı her somut olayın koşulları içinde kendisi değerlendirecektir.

Mahkeme, örneğin, ölü bir kişinin gömülmesini⁵⁶, Müslüman bir başvuru-cunun takke takmasını⁵⁷, inançları nedeniyle askerlik hizmeti yapmanın reddedilmesini (vicdani ret⁵⁸), reşit olmayan kızlarının bir devlet okulundaki zorunlu karma yüzme dersinden muaf tutulmasını isteyen Müslüman ebeveynlerin talebini⁵⁹ bir din ya da inancın uygulaması içinde değerlendirmiştir. Diğer taraftan Mahkeme, Budist bir mahkumun Budizm dergisinde yayımlanmak üzere makale gönderme talebini⁶⁰, dini uygulayan bir yahudinin (*practising Jew*) resmi boşanma sonrasında eski karısının dini törenle evlenmesini sağlayacak boşanma belgesini vermeyi reddetmesini⁶¹, bir başvuru-cunun vaftiz ve kabul törenini iptal isteğini⁶², bir kişinin partneriyle medeni kanun hükümlerine göre evlilik yapmayı reddetmesi ve devletin birlikteliklerini geçerli bir evlilik olarak kabul etmesi talebini⁶³, bir kişinin İslam Hukuku’na uygun olduğu gerekçesiyle reşit olmayan bir kız çocuğuyla evlenmek ve cinsel ilişki yaşamak isteğini⁶⁴, başvuru-cunun ki-

⁵³ Arrowsmith v. The United Kingdom (Com)(Rep), 7050/75, 12.10.1979, 33.

⁵⁴ Vereniging Rechtswinkels Utrecht v. The Netherlands (Com)(Dec), 11308/84, § 1; Van Den Dungen v. The Netherlands (Com)(Dec), 22838/93, 22.02.1995, § 1.

⁵⁵ Arrowsmith v. The United Kingdom (Com)(Dec), 127.

⁵⁶ Johannische Kirche and Peters v. Germany (Dec.), 41754/98, 10.07.2001; Polat v. Austria, 12886/16, 20.07.2021, § 51.

⁵⁷ Hamidović v. Bosnia and Herzegovina, § 30.

⁵⁸ Bayatyan v. Armenia (GC), 23459/03, 07.07.2011, § 112; Adyan and Others v. Armenia, 75604/11, 12.10.2017, § 60.

⁵⁹ Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland, 29086/12, 10.01.2017.

⁶⁰ X. v. The United Kingdom (Com)(Dec), 5442/72, 20.12.1974, 42.

⁶¹ D. v. France (Com)(Dec), 10180/82, 06.12.1983, 202.

⁶² X. v. Iceland (Com)(Dec), 2525/65, 06.02.1967.

⁶³ X. v. Germany (Com)(Dec), 6167/73, 18/12/1974, 65.

⁶⁴ Khan v. The United Kingdom (Com)(Dec), 11579/85, 07.07.1986, 255.

şisel otonomi ilkesi gereğince yardımla intihar isteğini⁶⁵, başvuruçunun mevcut anayasal sistemin meşruluğunu reddetmesi nedeniyle zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesini⁶⁶, bir yabancıнын radikal İslamcı bir organizasyona üye olması nedeniyle vatandaşlığa kabul edilmemesini⁶⁷ din ve inancını açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirmemiştir.

Sözleşme sistemi ve uluslararası insan hakları belgeleri uyarınca, *forum externum*un sınırlandırılabilir bir hak olduğuna dair bir tereddüt yoktur. Nitekim Sözleşme’de *forum externum*un hangi nedenlerle sınırlandırılabilceği açık biçimde düzenlenmiştir. Bununla birlikte *forum internum* ve *forum externum* arasında her zaman keskin ayrımların yapılabilmesi mümkün değildir. Özellikle inancı açıklama özgürlüğüne yapılan müdahalelerin, hakkın mutlak veçhesini ihlal etme ihtimalini göz ardı edilemez. Zira bir inancın açıklanmasına ilişkin çoğu şey, inancın kişiye içkin yanyla doğrudan ilgilidir⁶⁸. Bu nedenle mahkemelerin inancı açıklama özgürlüğüne müdahale olarak nitelendirdiği eylemlere ilişkin incelemesinde, hakkın mutlak doğasına zarar verilip verilmediğini dikkate alması gereklidir.

B. DİNİ KURALLARA UYGUN HAYVAN KESİMİ (RITUAL SLAUGHTER)

1. İslamiyet ve Musevilik’te Dini Kurallara Uygun Hayvan Kesimi

a. Zebh Usulü ve Helal Gıda

Yeryüzünde var olan muhtelif din ve inançların, bazı yasaklar ve kurallarla inananların beslenme biçimine müdahalede bulunması rastlanılan bir durumdur. Din ve inançların insanların yeme-içme düzenine ilişkin müdahaleleri bazen bir gıdanın tüketilmesinin toptan yasaklanması (örneğin İslamiyet’e göre domuz eti tüketiminin yasaklanması) şeklinde olabileceği gibi, bazı gıdaların tüketilmeden önce benimsenmesi gereken kural ve usullerin belirlenmesiyle de yapılabilir. Dini kurallara uygun hayvan kesimi (*ritual slaughter*⁶⁹) *ikinci grup müdahalelerden biri olarak kabul edilebilir. Dini ilkelere bağlı kalmak törensel (ritual) kesimin anahtar parçasıdır; bu nedenle literatürde kavram dini kesim (religious slaughter)* olarak da adlandırılmaktadır⁷⁰. Dini kurallara uygun hayvan kesiminin

⁶⁵ Pretty v. The United Kingdom, 2346/02, 29.04.2002, § 82.

⁶⁶ Enver Aydemir v. Turkey, 26012/11, 07.06.2016, § 79-84.

⁶⁷ Boudelal v. France (Dec), 14894/14, 13.06.2017.

⁶⁸ Derin Türkoğlu, “İnanç Özgürlüğünün İç Boyutu”, 129.

⁶⁹ İngilizce terminolojide ve AİHM ve ABAD gibi mahkeme kararlarında “ritual slaughter” olarak kullanılan kavramın Türkçe’ye birebir çevirisi “törensel hayvan kesimi” şeklinde olacaktır. Hayvanların dini nedenler dışında bazı “törensel” ya da “ayinsel” motivasyonlarla kesilebileceği açıktır. Bununla birlikte bu kesim tarzları çoğunlukla hukukun konusunu oluşturmamaktadır. Bu nedenle bu çalışmada “ritual slaughter”, kavramın literatürde zaman zaman “religious slaughter” olarak kullanılması da dikkate alınarak, Türkçe’ye “dini kurallara uygun hayvan kesimi” şeklinde çevrilmiştir.

⁷⁰ Gerhard Van Der Schyff, “Ritual Slaughter and Religious Freedom in a Multilevel Europe: The Wider Importance of the Dutch Case”, *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 3, No. 1 (2014): 77.

dünyadaki en yaygın biçimleri İslamiyet'teki “zebh (*dhabiha*⁷¹)” usulü ve Musevilik'teki “şehita (*shechita*)” uygulamasıdır.

İslami usullere -zebh- uygun bir biçimde kesilen et “helal” olarak isimlendirilmektedir. İslam terminolojisinde en geniş anlamıyla “helal”, dinen izin verilmiş olanı, yapılması ve yiyilip içilmesi yasak olmayanı ve serbest olanı; diğer bir deyişle “haram” olmayanı ifade eder. İslamiyete göre haram olan şeyler sayılı ve sınırlıdır, bir şey eğer *haram* olarak nitelendirilmediyse *helal*dir⁷². Kur'an-ı Kerim'de *helal* ve *haram* olan gıdalara ilişkin vazedilen çeşitli ayetlere göre; leş, kan, domuz eti, Allah'tan başkası adına öldürülen hayvanlar, boğulmuş, darp edilerek, düşerek, boynuzlanarak öldürülmüş ve yırtıcı hayvanlar tarafından parçalanmış hayvanları yemek dinen haramdır⁷³. Kur'an-ı Kerim ayetlerine bakıldığında, hayvan kesiminde izlenecek usul ve esaslara ilişkin kapsamlı kuralların belirlenmediği görülmektedir. Nitekim İslam Hukukçuları bu konuyu Kur'an ve Sünnet'te yer alan temel ilkelerden hareketle belirlemiş ve çeşitli kriterler geliştirmişlerdir. Buna göre müslüman ya da ehl-i kitap ve akli baliğ bir kişi, Allah'ın adını anarak ve keskin bir bıçakla hayvanı boğazlayarak öldürmelidir⁷⁴. Literatürde “boğazlama kriteri⁷⁵” olarak isimlendirilen bu kritere göre *zebh* usulünde hayvan, “yemek ve nefes boruları ile iki şah damarının veya yemek ve nefes borularıyla iki şah damardan birinin kesilmesi” ile öldürülmelidir⁷⁶. Daha çok develerde uygulanan, boğazla göğsün birleştiği yerden kesim ise *nahr* olarak isimlendirilir⁷⁷. Bu usullere uygun biçimde kesilmeyen hayvanların etini yemek (Kur'an'ı Kerim'de öngörülen istisna dışında⁷⁸) Müslümanlar için kesin bir biçimde yasaktır.

b. Şehita Usulü ve Koşer

İbranice'de “uygun olma (*fitness*)” anlamına gelen “kaşrut (kashrut)” Musevilerin gıda tüketimine ilişkin temel ilkeleri ortaya koyan kurallara verilen isimdir⁷⁹. Kaşruta ilişkin ana konular Eski Ahit'in çeşitli bölümlerinde düzenlenmiştir.

⁷¹ Yunes Ramadan Al-Teinaz, “What is Halal Food?”, içinde *The Halal Food Handbook*, Editör, Yunes Ramadan Al-Teinaz, Stuart Spear, Ibrahim H. A. Abd El-Rahim (Wiley Blackwell, 2020), 22.

⁷² Lütfi Şentürk, Seyfettin Yazıcı, *İslam İlmihali*, 34. Baskı (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları: 334, 2019), 383.

⁷³ Bakara Suresi 173. ayet, Maide Suresi 3. ayet, En'am Suresi 145. ayet, Nahl Suresi 115. ayet, El-malılı M. Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili Meali*, Sadeleştirilenler Prof. Dr. Lütfullah Cebeci- Prof. Dr. Sadık Kılıç, 3. Basım (Ankara: Akçağ Yayınları, 2014).

⁷⁴ Şentürk, Yazıcı, *İslam İlmihali*, 405-408.

⁷⁵ Abdullah Kahraman, “Gıda Ürünlerinde Helal ve Haramı Belirleme Yöntemi”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt XVI, Sayı: 1 (2012): 470.

⁷⁶ Şentürk, Yazıcı, *İslam İlmihali*, 407.

⁷⁷ Kasani, V, 40-42, el-Mevsu'atü'l-fıkhiyye, “Tezkiye” (1427), XXI, 140'dan aktaran Saffet Köse, “Fıkhi Açıdan Helal Gıdanın Temel İlkeleri”, *Helal ve Etik Araştırmalar Dergisi*, 2(1): 1-18 (2020): 5.

⁷⁸ “...kim bunlardan yemeğe mecbur kalırsa, başkasının hakkını çiğnememek ve “zaruret” oranını geçmek, (yani ölmeyecek kadar yemek) şartı ile, ona da günah yükletilmez...” Bakara Suresi 173. ayet, Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili Meali*, 68.

⁷⁹ <https://www.britannica.com/topic/kashruth>, Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2023.

Bu düzenlemelerde; tüketilmeye izin verilen türler⁸⁰; kan⁸¹, ölmüş hayvan (leş⁸²), memelilerin siyatik (kalça bölümündeki) sinirleri ve uyluklarda bulunan bazı yağlar gibi yasaklanan gıdalar⁸³, süt ve etin ayrı ayrı tüketilmesi⁸⁴ gibi muhtelif hükümler yer almaktadır. Bununla birlikte Eski Ahit, hayvan kesimine ilişkin açık bir düzenleme yapmayıp, “buyruğum uyarınca⁸⁵” demekle yetinmiştir. Nitekim *shehita* usulü daha sonra Musevi din adamlarınca *Talmud*, *Hullin*, *Mishnak Torah* ve *Schulchan Aruch* gibi ikincil kaynaklarda tartışılmış ve temel ilkeleri ortaya konulmuştur⁸⁶. *Shehita* usulü, hayvanların boynundaki ana iskeleti ve damarları kesen cerrahi keskinliğe sahip bir aletle (“chalaf”) hızlı ve uzmanlık gerektiren bir kesinin yapılması ile gerçekleşir⁸⁷. Bu kesi yapılırken soluk borusu, yemek borusu, karotid arterler ve juguler damarlar (kabaca boyun bölgesindeki atar damarlar ve diğer damarlar) kesilmelidir. Kesi sonrasında bütün kanın tahliye olduğundan emin olunmalı, kan çıkışı engellenmemelidir⁸⁸. İslamiyetteki kesim usulünden farklı olarak *shehita* yalnızca kesim usulü için özel olarak ve teorik ve pratik boyutlarıyla yoğun bir eğitim almak zorunda olan kasaplar (*shochet*) tarafından gerçekleştirilebilir⁸⁹. Bazı Musevi toplumlarında bu kasaplar hayvanlarda herhangi bir hastalık ya da bozukluk (anomali) olup olmadığını da kapsamlı bir biçimde inceler. Örneğin karkasların ciğerlerindeki yapışiklıkları ve lekeleri kontrol ederek tamamen pürüzsüz olup olmadıklarını tespit eder⁹⁰. Bu ayrıntılı usul Yidiş dilinde “pürüzsüz, sorunsuz” anlamlarına gelen *glatt* kelimesiyle birlikte anılır ve

⁸⁰ Tanrınız Rab'bin sizi kutsadığı ölçüde, yaşadığınız kentlerde dilediğiniz kadar hayvan kesip etini yiyebilirsiniz. Dinsel açıdan temiz ya da kirli kişi, bu eti ceylan ya da geayik eti yer gibi yiyebilir.” Kutsal Kitap, Yasa'nın Tekrarı 12: 15, 197, 198 (İstanbul: Yeni Yaşam Yayınları, 2014), 197. “... karada yaşayan hayvanlardan şunları yiyebilirsiniz: Çatal ve yarık tırnaklı, geviş getiren hayvanların tümü ... etini yememeniz gereken şunlardır: Deve ... kaya tavşanı ... domuz ... Bu hayvanların etini yemeyecek, leşine dokunmayacaksınız, sizin için kirlidir.” Kutsal Kitap, Levililer 11: 2-8.

⁸¹ “Nerede yaşarsanız yaşayın, hiçbir kuşun ya da hayvanın kanını yemeyeceksiniz”, Kutsal Kitap, Levililer 7: 26, 108. Benzer yönde bkz. Kutsal Kitap, Yasa'nın Tekrarı 15: 23, 201.

⁸² “Kendiliğinden ölen hiçbir hayvanın etini yemeyeceksiniz. Ölü hayvanı yemesi için kentlerinizde yaşayan bir yabancıya verebilir ya da öteki yabancılara satabilirsiniz. Siz Tanrınız RAB için kutsal bir halksınız”, Kutsal Kitap, Levililer 7: 26, 108. Benzer yönde bkz. Kutsal Kitap, Yasa'nın Tekrarı 14: 21, 200.

⁸³ “Yakup Peniel'den ayrılırken güneş doğdu. Uyluğundan ötürü aksiyordu. Bu nedenle İsraililer bugün bile uyluk kemiğinin üzerindeki siniri yemezler. Çünkü Yakup'un uyluk kemiğinin başındaki sinire çarpılmıştı”, Kutsal Kitap, Yaratılış 32: 31, 32, Yeni Yaşam Yayınları, İstanbul, 2014, 34.

⁸⁴ “Oğlağı anasının sütünde haşlamayın” Kutsal Kitap, Yasa'nın Tekrarı 14: 21, 200.

⁸⁵ “... buyruğum uyarınca RAB'bin size verdiği sığırlardan, davarlardan kesebilirsiniz.” Kutsal Kitap, Yasa'nın Tekrarı 12: 21, 198.

⁸⁶ Joel Silver, “Understanding Freedom of Religion in a Religious Industry: Kosher Slaughter (Shechita) and Animal Welfare”, *Victoria University of Wellington Law Review*, 42 (2011): 675.

⁸⁷ *A Guide to Shechita*, May 2009, Published by Schechita UK, 3, https://www.shechitauk.org/wp-content/uploads/2016/02/A_Guide_to_Shechita_2009__01.pdf, Erişim Tarihi: Ağustos 6, 2023.

⁸⁸ S. D. Rosen, “Physiological insights into Shechita”, *Veterinary Record*, June 12, (2004) 154: 759.

⁸⁹ *A Guide to Shechita*, May 2009, Published by Schechita UK, 3, https://www.shechitauk.org/wp-content/uploads/2016/02/A_Guide_to_Shechita_2009__01.pdf, Erişim Tarihi: Ağustos 6, 2023.

⁹⁰ Silver, “Understanding Freedom of Religion in a Religious Industry”, 676.

glatt kosher olarak isimlendirilir⁹¹. *Şehita* usulüne uygun bir biçimde elde edilen et “koşer” niteliğini kazanmış olur. Bu usule uygun biçimde elde edilmeyen et “terefah” olarak nitelendirilir⁹². *Terefah* İslamîyet’teki haramın eş anlamlısıdır. *Şehita* usulüne uygun kesilmeyen hayvanların etini tüketmek -tıpkı Müslümanlar için olduğu gibi- Museviler için de kesin bir biçimde yasaklanmıştır.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Cha’are Shalom ve Tsedek v. Fransa Kararı

Dini kurallara uygun hayvan kesiminin bir din ve inanç özgürlüğü meselesi olduğu açıktır. Ancak bu meselenin din ve inanç özgürlüğünün hangi boyutuyla ilgili olduğunun tespiti, hayvan refahı nedeniyle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağını belirlemede en önemli konulardan biridir. Bu bölümde, konuya ilişkin temel ilkelerin AİHM nezdinde ortaya konulduğu ilk ve tek karar olan Fransa’ya karşı yapılan *Cha’are Shalom ve Tsedek* başvurusu ele alınacaktır.

Başvuran *Cha’are Shalom ve Tsedek*, 1986 yılında Fransa yasalarına uygun bir biçimde Paris’te kurulan liturjik bir Musevi derneğidir. Dernek, kuruluş tüzüğüne göre, kamuya açık ibadetleri organize etmek, finansal destek sağlamak ve cesaretlendirmek; sosyal, eğitimsel, kültürel ve manevi faaliyetlerin tanıtımı ve cemaate mensup fakir ailelere maddi ve manevi yardım yapmak gibi konuların yanında, diğer liturjik derneklerin *kaşrut* ritüellerini gözlemlemeyi de amaçlamaktadır. Dernek 1987 yılında, belirtilen bu son amaç bağlamında, “glatt” koşulunu sağlayacak dini hayvan kesimini bizzat gerçekleştirmek için ilgili resmi kurumlara başvuruda bulunmuştur. Fransız Danıştay (Conseil d’Etat), yapılan başvuruyu konuya ilişkin 1980 tarihli Kararname çerçevesinde incelemiştir. Kararname’nin 10. maddesi Fransız hukukunda bir zorunluluk olan hayvanların öldürülmeden önce bayılmasına (*stun*) bir istisna getirmektedir. Buna göre yalnızca *onaylanmış bir dini kurum* tarafından yetkilendirilmiş kasaplar tarafından gerçekleştirilen dini hayvan kesimleri bu muafiyetten faydalanabilir. Fransız Danıştaya göre Dernek, 10. madde anlamında “onaylanmış bir dini kurum” değildir ve bu nedenle başvurunun reddedilmesi gerekir⁹³.

Cha’are Shalom ve Tsedek derneği yaptığı başvurunun reddedilmesini, AİHS’in 9. maddesi ile güvence altına alınan dini *ayin* (observance) yoluyla açıklama özgürlüğünü ihlal edildiği iddiasıyla Strazburg organlarının önüne taşımıştır. Başvurana göre, *kaşrut* kurallarını gerekli bir biçimde denetleme konusunda yetkilendirilmiş tarihi *Napoleon* dönemine dayanan *Merkez Dinsel Kurulu*’nun bir yan kuruluşu olan *Paris Yahudi Konsistoryal Derneği* (PYKD)’nin Museviliğin kaynaklarına uygun -*glatt*- bir dini kesimi yerine getirmemektedir. Başvuran

⁹¹ Rabbi Yosef Breuer zt”l, *Glatt Kosher- Glatt Yoshor*, <https://web.stevens.edu/golem/llevine/rsrh/yosef%20breuers%20kosher%20yosher.pdf>, Erişim Tarihi: Ağustos 11, 2023; https://messianicapogetics.blog/faqs/G_Glatt_Kosher.pdf, Erişim Tarihi: Ağustos 11, 2023.

⁹² <https://www.britannica.com/topic/terefah>, Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2023.

⁹³ *Cha’are Shalom ve Tsedek v. France* (GC), § 27, 36, 44.

ayrıca PYKD'nin Kararname uyarınca *kaşrut* kurallarını denetleme konusunda yetkili tek kurum olmasının Sözleşme'nin 9. maddesiyle bağlantı olarak 14. maddesi bağlamında ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. İlk olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun önüne gelen davada Sözleşme'nin 14. maddesiyle bağlantılı olarak 9. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir⁹⁴. Daha sonra dava, Komisyon ve Fransa Hükümeti'nin talebiyle Büyük Daireye taşınmıştır⁹⁵.

Büyük Daire önüne gelen başvuruyu, Strazburg organlarında yerleşik hale gelmeye başlayan ancak tarih itibarıyla yeterince sistematikleşmemiş *üç aşamalı test* bağlamında incelemiştir. Bu test çerçevesinde tespit edilmesi gereken ilk husus başvuru konusu olayın Sözleşme kapsamında olup olmadığıdır. Büyük Daireye göre dini kurallara uygun hayvan kesiminin, isminden de anlaşılacağı (*ritual slaughter*) üzere, amacı Yahudi inananlara et sağlamak olan bir *ayin* (*rite*⁹⁶) olduğu aşikardır ve bu ayin Yahudi dininin uygulamasının önemli bir parçasıdır⁹⁷. Böylelikle Mahkeme *dini kurallara uygun hayvan kesimini* din ve inancı açıklama özgürlüğü kapsamında gördüğünü açıkça ortaya koymuştur.

Büyük Daire, incelemesine başvuranların din ve inancı açıklama özgürlüğüne bir müdahale olup olmadığını tespit ederek devam etmiştir. Başvuru değerlendirildiğinde, başvuranın temel iddiasının PYKD tarafından yapılan *koşer* uygulamasının inançları gereği yeterli olmadığı, etin aynı zamanda *glatt* olması gerektiği yönünde olduğu görülmektedir. Mahkemeye göre Fransa'da yaşayan Yahudi toplumunun büyük bir kısmı PYKD tarafından uygulanan *koşer* sertifikalama sistemini kabul etmektedir. Diğer taraftan ultra-ortodoks Yahudilerin kendi uygun gördükleri kurallar çerçevesinde elde edilen etleri Belçika'dan kolayca temin etme imkanları vardır. Ayrıca PYKD denetimindeki et marketlerinden *glatt* etlere ulaşmak mümkündür. Dini kurallara uygun hayvan kesimi gerçekleştirmek için gerekli onayın verilmemesinin, din ve inancı açıklama özgürlüğüne bir müdahale oluşturması, ancak ultra-ortodoks Yahudilerin uygun gördükleri kurallara göre kesilen eti yemeleri imkansız hale gelmişse söz konusu olabilir. Musevi Dernek tarafından *glatt* etin temini konusunda esaslı bir iddia ortaya konulmamıştır. Nitekim Mahkeme başvuranın hakkına yapılan bir *müdahale olmadığı* kanaatine varmıştır. Büyük Daire, ek olarak, başvuranın dini açıklama özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin varlığı kabul edilse dahi yapılan müdahalenin kanuni olduğunu ve kamu sağlığı ve kamu düzeninin korunması gibi meşru amaçları güttüğünü belirtmiştir. Dini uyum ve hoşgörüyü uygun olduğu sürece ibadetlerin yerine

⁹⁴ Komisyon kararının basın özeti için bkz. Cha'are Shalom ve Tsedek v. France (Com), 697, 08.12.1999, Press Release, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#\[\"fulltext\":\[\"27417/95\"\],\"itemid\":\[\"003-68045-68513\"\]\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#[\), Erişim Tarihi: Ağustos 11, 2023.

⁹⁵ Cha'are Shalom ve Tsedek v. France (GC), § 58, 60.

⁹⁶ Sözleşme'nin Fransızca metninde "rite" olarak kullanılan kelime İngilizce metinde "observance" olarak geçmektedir.

⁹⁷ Cha'are Shalom ve Tsedek v. France (GC), § 73.

getirilmesinde Sözleşmeciler Devletlere tanınan takdir marjı, özellikle Kiliseler ve Devlet arasındaki hassas ilişkilerin kurulması gibi konularda, geniştir⁹⁸. Sonuç olarak şunu söylemek mümkündür, Mahkeme her ne kadar *Cha'are Shalom ve Tsedek* kararında 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermişse de *dini kurallara uygun hayvan kesiminin dini açıklama özgürlüğünün alanına dahil olduğunu* ortaya koymuştur.

II. DİN VE İNANCINI AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE BİR MÜDAHALE NEDENİ OLARAK HAYVAN REFAHI

Din ve inancını açıklama özgürlüğü, hem Sözleşme sisteminde hem de birçok ulusal ve uluslararası düzenlemeye göre muhtelif meşru amaçlarla sınırlanabilir. Çalışmamız açısından cevabını aradığımız soru hayvan refahının bu meşru amaçlardan biri olup olmadığıdır. Bu kapsamda öncelikle hayvan refahı kavramı tartışılacak, sonrasında hayvan refahına ilişkin bazı uluslararası düzenlemeler ele alınacaktır. Son olarak ise din ve inancını açıklama özgürlüğü ile hayvan refahına ilişkin en güncel ve önemli kararlardan biri olan Avrupa Birliği Adalet Divanının 2020 yılı Aralık ayında verdiği Belçika Merkez İsrail Konseyi ve Diğerleri kararı değerlendirilecektir.

A. HAYVAN REFAHI KAVRAMI

Hukuk, felsefe, psikoloji, sosyoloji, veterinerlik, gıda mühendisliği gibi birçok farklı disiplinin konusunu oluşturan *hayvan refahı* kavramının anlamını keskin sınırlar içinde ortaya koymak ve bir tanım yapmak oldukça zordur. Hayvan refahı, genel anlamıyla hayvanların insanca ya da nazik bir muamele görmesini ya da hayvanlara uygulanan gereksiz zulmün önüne geçilmesini savunan fikirleri temsil eder⁹⁹. Bir tanım yapmanın zorluklarıyla birlikte kavram gelişimi itibarıyla iki temel boyutta ele alınabilir: Felsefi boyut ve bilimsel boyut.

1. Felsefi Boyutuyla Hayvan Refahı

İnsanın kendisini, doğayı ve doğadaki diğer canlıları anlamlandırmasının düşünce tarihindeki en yaygın biçimi *insan-merkezli (antroposentrizm)* yaklaşımdır¹⁰⁰. *Antroposentrizm*, insanı her şeyin merkezine yerleştiren ve her şeyin “ölçü”sü olarak kabul eden bir düşünce biçimini ifade eder¹⁰¹. Felsefe tarihine etki eden belli başlı düşünürlerin fikirlerine baktığımızda, söz konusu insan-merkezciliğin izle-

⁹⁸ Cha'are Shalom ve Tsedek v. France (GC), § 79-84.

⁹⁹ David Sztybel, “Animal Welfare and Animal Rights, A Comparison”, içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Editör, Marc Bekoff, Foreword by Jane Goodall, 2nd Edition (California: Greenwood Press, 2009): 50.

¹⁰⁰ Haluk Aşar, “Hayvan Haklarına Yönelik Temel Görüşler ve Yanılgıları”, *Kaygı Bursa Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, S. 30 (2018): 240.

¹⁰¹ Fiona Probyn-Rapsey, “Anthropocentrism”, içinde *Critical Terms for Animal Studies*, Editör, Lori Gruen (Chicago and London: The University of Chicago Press, 2018): 47.

rini görmek mümkündür. Örneğin *Aristoteles*'e göre doğadaki tüm öteki hayvanlar -evcil ya da vahşi- insanlar içindir ve insanların hizmetine sunulmuş araçlardır¹⁰². *Aquinolu Thomas* da izinden gittiği *Aristoteles*'e benzer biçimde doğadaki tüm hayvanların insana tabii olduğunu belirtmiştir¹⁰³. Aydınlanmacı ve humanist fikirlerin yeniden doğuşunun merkezindeki *Descartes* bu düşüncüyü bir adım daha “modern”leştirmiş; hayvanları ve diğer canlıları *ruhsuz makineler* olarak görmüştür¹⁰⁴. *Descartes* iradenin etki etmediği hareketlerin, mekanik olduğunu iddia etmiştir. Ona göre hayvanların hareketleri iradeye dayanmadığı ve mekanik olduğu için onların acı çekmediğini varsaymak gerekir. Zira düşünürü göre, ruha atıfta bulunmadan acı hissini açıklamak mümkün değildir. Hayvanların ise ruhu oluşturan içsel hisleri yoktur¹⁰⁵. İnsanın, sahip olduğu akıl ve aklın beraberinde getirdiği seçme özgürlüğünden hareketle “değerli” olduğunu belirten *Kant*'a göre ise hayvanlar öz bilince sahip olmadıklarından “amaç” olan insanın aracıdır. Ona göre insanların hayvanlara karşı ödevleri “yalnızca insanlığa karşı dolaylı ödevlerdir¹⁰⁶.”

Felsefi düşüncede doğayı anlamlandırmada hayvanların da hesaba katılmaya başlanmasının iki faydacı İngiliz düşünürün, *Jeremy Bentham* ve *John Stuart Mill*, fikirleriyle gerçekleştiği kabul edilir. Bu iki düşünürün fikirleri *hayvan refahı* kavramının doğuşuyla da yakından ilgilidir. *Bentham*'a göre insanların hayvanlardan üstün olduğu açıktır, bununla birlikte insanlar ile hayvanların ilişkisinde sorulması gereken soru hayvanların akıllı olup olmadığı değil “acı çekip çekmedikleri” sorusudur¹⁰⁷. *Mill* ise *Bentham*'ın sorduğu sorudan hareketle, bir eylemin sonucunda hayvanın çektiği acının insanın aldığı zevkten daha fazla ol-

¹⁰² Aristoteles, *Politika*, 17. Basım (İstanbul: Remzi Kitabevi, 2014), 1. Kitap, 8. Bölüm, 23.

¹⁰³ St. Thomas Aquinas, *The Summa Theologica*, Translated by Fathers of the English Dominican Province, Part I, Question 96: “Of the Mastership Belonging to Man in the State of Innocence”, Article 1, https://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1225-1274,_Thomas_Aquinas,_Summa_Theologiae_%5B1%5D,_EN.pdf, Erişim Tarihi: Ekim 14, 2023.

¹⁰⁴ Doktrinde *Descartes*'in fikirlerine ilişkin bu değerlendirme eleştirilmiştir. Buna göre düşünür hayvanların düşünceden ve dilden azade canlılar olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte *Descartes*'in eserlerinin ayrıntılı incelenmesi halinde, hayvanların hislere ya da duygulara sahip olmadığını iddia ettiğini tespit etmek mümkün değildir; Ian J.H. Duncan, “Animal Welfare: A Brief History”, içinde *Animal Welfare: From Science to Law*, Editör, Sophie Hild, Louis Schweitzer (Paris: La Fondation Droit Animal, Ethique et Sciences [LFDA], 2019), 14.

¹⁰⁵ Aşar, “Hayvan Haklarına Yönelik Temel Görüşler ve Yanılgıları”, 242; Rene *Descartes*, *The Philosophical Writings of Descartes*, Translated by John Cottingham, Robert Stoothoff, Dugald Murdoch, Anthony Kenny, Vol. III (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 181, 182, § 370-372; 365, § 276.

¹⁰⁶ Immanuel *Kant*, *Lectures on Ethics* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), “Of Duties to Animals and Spirits”, 27: 459, 212.

¹⁰⁷ “... Bir gün bacakların sayısı, derinin ne ile kaplandığı ya da kuyruk sokumu kemiğinin yok olması gibi şeylerin duyarlı bir varlığı aynı kadere terk etmek için eşit derecede yeterli bir neden olmadığının kabul edilmesi gerekebilir... Yetişkin bir at veya köpek her ne kadar sosyal olsalar da akla sahip olan bir günlük, bir haftalık veya bir aylık bebek ile karşılaştırılmaz. Fakat tersi durumu fark ettiğimizde ne yararı olurdu? Soru, onlar akıllı davranabilir mi ya da konuşabilir mi sorusu değil, temel soru onlar da acı çekebilir mi sorusudur”, *Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, (New York: Dover Publications, 2012), 310, 311, 1. dp.

ması durumunda o eylemin “ahlaki” olup olmadığını sorgulamıştır¹⁰⁸. Düşünüre göre bu sorunun cevaplanması için yarar ilkesinin devreye sokulması gerekir¹⁰⁹. *Bentham* ve *Mill*'in fikirleri *insan-merkezli* düşünceden gerçek bir sapma olarak kabul edilemez. Ancak bu fikirlerdedir ki hayvanların menfaatleri ve iyiliği (*well-being*) 19. yüzyılda felsefi düşüncenin konusu olarak tartışılmaya başlanmıştır.

Bentham ve *Mill*'in açtığı yolda “insan olmayan hayvanlara” ilişkin tartışmada *hayvan refahı yaklaşımı* (*animal welfare* ya da *welfarism*), *hayvan hakları yaklaşımı* (*animal rights* ya da *the rights view*¹¹⁰) ile birlikte başat iki akımdan biri olmuştur. Hayvan refahı yaklaşımına göre hayvanların besin kaynağı olarak bakılması ve satılması ya da araştırmalarda kullanılması, spor ya da kar amacıyla avlanması ya da yakalanması ilkesel olarak yanlış değildir. Bu yaklaşımın talebi, hayvanların “gereksiz acı”dan kurtulmaları ve “insanca (*humane*)” bir muamele görmeleridir¹¹¹. Bu muamelelerin şartları belirli bir olayın koşulları içinde insan ve hayvanların faydalarının belirlenmesiyle somutlaşacaktır. Hayvan refahı yaklaşımının “insanca muamele” talebi *antroposentrizmin* açık göstergesi olarak okunabilir. Bununla birlikte hayvanların çıkarlarının da hesaba katılmasıyla artı ve farklı bir özellik gösterir.

Hayvan refahına ilişkin modern kavramsal gelişimdeki önemli isimlerden bir diğeri *Peter Singer*'dir. Faydacılık ve *yeni refahçılık* (*new-welfarism*) savunucularından biri olarak kabul edilen *Peter Singer*'a göre *Bentham* ve *Mill*'in faydacı görüşü eksiktir. *Singer*'in temel aldığı faydacılık görüşü, yalnızca düşünebilen

¹⁰⁸ John Stuart Mill, “Whewell on Moral Philosophy”, *Essays on Ethics, Religion and Society*, John M. Robson, Editör, (Canada: University of Toronto Press, London: Routledge & Kegan Paul, 1969), 185-187.

¹⁰⁹ Dilara Buket Tatar, “Hayvanların Korunması Dair Görüşlere Eleştirel Bir Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 3 (2016): 311.

¹¹⁰ *Hayvan hakları* kavramı, refah düşüncesinden farklı olarak insan-merkezli değil doğanın merkeze alındığı *fizyosentrizmin* bir alt dalı olarak kabul edilen *patosentrizm* bağlamında ele alınabilir. *Patosentrizmde* acı duyabilme yeteneği canlıya etik bir değer kazandırır, Türker Savaş, İsmail Yaman Yurtman, Cemil Tölü, “Hayvan Hakları ve Hayvan Refahı: Felsefi Bakış- Nesnel Arayışlar”, *Hayvansal Üretim* 50(1) (2009): 55. Nitekim *hayvan hakları* yaklaşımı, hayvanların besin kaynağı olarak bakılması ve satılması ya da araştırmalarda kullanılması, spor ya da kar amacıyla avlanması ya da yakalanması gibi hayvanları araçsallaştıran tüm eylemlere ilkesel olarak karşıdır ve bu eylemlerin yasaklanması gerektiğini ileri sürer. Hayvanların bu eylemler sırasında çektiği acıların ya da insanların hayvanlardan elde ettiği faydaların konuyla bir ilgisi yoktur; zira bu eylemlerin yapılması zaten doğru değildir, Tom Regan, “Animal Rights”, içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*. 36. *Hayvan hakları* yaklaşımının önemli düşünürlerinden biri olan Tom Regan, “Hayvan Hakları İnsanların Haksızlıkları” kitabında, Kant etiğinin “değer” düşüncesinde bir açılım yapmıştır. Ona göre “yaşamın öznesi olan (*subjects-of-a-life*)” tüm canlılar değerlidir. Yaşamın öznesi olmak, canlı olmaktan farklıdır; örneğin yaşayan ve ölen bitkiler de bir zamanlar “canlı” olmuştur, ancak yaşamın öznesi olmamıştır. Yaşamın öznesi olan canlılar kendilerinin merkezde olduğu deneyimler çerçevesinde bir yaşam sürer. Bu yaşam diğerleri tarafından değer görüp görmemekten bağımsızdır. Regan, özellikle memeliler ve kuşların, bu kendi merkezli deneyimlerin bir sonucu olarak “yaşamın öznesi olan” olduklarını kabul etmek gerektiğini ileri sürmüştür; Tom Regan, *Animal Rights Human Wrongs an Introduction to Moral Philosophy* (USA: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2003), 93. Tıpkı insanlar gibi yaşamın öznesi olan diğer canlıların “haklar”ından bahsetmek ise kaçınılmazdır. Böylelikle *hayvan hakları* kavramı ortaya çıkmıştır.

¹¹¹ Regan, “Animal Rights”, içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*. 36.

varlıklar olarak insanların değil, hissedebilen varlıklar olarak hayvanların faydalarının da hesaba katıldığı bir anlayıştır. *Singer*'a göre bir canlının çıkar sahibi olması acı ve haz duyma yetisine bağlıdır. Tarihsel süreç içinde insanlara yapılan cinsiyetçilik ve ırkçılık gibi birçok ayrımcılık türünün en son biçimi hayvanlara karşı yapılan ayrımcılık, diğer bir ifadeyle *türçülüktür*¹¹². Düşünürce göre hayvanların menfaatleri, temel olarak insanların menfaatlerine benzer biçimde değerlendirilmelidir. Mademki insanlar ve hayvanlar arasında bir ayırım yapmak mümkün değildir, bu eşit saygı ilkesinin (*equal consideration*) bir gereği olarak iki türün menfaatlerine de aynı şekilde muamele edilmesi bunun doğal bir sonucudur¹¹³. *Singer*, hayvanlar ve insanların menfaatlerinin benzer kefelere tartılabileceğini iddia etmekle birlikte, insan olmayan canlıların “sonsuz bir şimdi” de yaşadıkları gerekçesiyle varlıklarının devam etmesinde bir menfaatleri olmadığını düşünür. Bu düşünce, hayvanların öldürülmesi ya da hayvanların mülkiyet konusu olması gibi meselelerin *Singer*'in düşüncesinde ahlaki bir sorun olarak ortaya çıkmadığını göstermektedir¹¹⁴. Düşünürün bu tutumu *hayvan refahının hayvan haklarına giden yolda bir aşama olduğunu düşünen diğer yeni refahçılık savunucuları* tarafından eleştirilmektedir¹¹⁵. Bununla birlikte düşünürün temel *hayvan refahı* fikriyle -hayvanların insancıl ya da nazik bir muamele görmesi ya da hayvanlara uygulanan gereksiz zulmün önüne geçilmesi- tutarsız olmadığı söylenebilir.

2. Bilimsel Boyutuyla Hayvan Refahı

Hayvan refahı kavramının köklerini felsefe ve düşünce tarihinde bulsak da somut refah göstergelerini ve çözümlemelerini öğrenmek pozitif bilimlerden ayrı düşünülemez. Diğer bir ifadeyle, hayvan refahının “neden”lerine ilişkin soruları felsefi düzlemde tartışsak da “nasıl”larına ilişkin tartışmalar bilimsel düzlemde ele alınması gereken bir faaliyettir¹¹⁶. Bilimsel düzeyde hayvan refahının en basit tanımının “kendini iyi hissetme hali (*the state of being well*)” ya da “iyi ya da tatmin edici bir varoluş durumu (*a good or satisfactory condition of existence*)” olduğu söylenebilir¹¹⁷. Konu insanlar olduğunda iyi hissetme hali ya da tatmin edici varoluş durumunu belirlemek -görece- kolay gözükse de konu hayvanlar olduğunda bunu tespit etmek daha karmaşıktır.

¹¹² Peter Singer, *Animal Liberation the Definitive Classic of the Animal Movement* (New York: Open Road Integrated Media, 2015), 48, 136, 137, 320.

¹¹³ Singer, *Animal Liberation the Definitive Classic of the Animal Movement*, 30; Gary L. Francione, “Animal Rights Movement, New Welfarism”, içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, 40.

¹¹⁴ Singer, *Animal Liberation the Definitive Classic of the Animal Movement*, 330, 331; Francione, “Animal Rights Movement, New Welfarism”, 40.

¹¹⁵ Francione, “Animal Rights Movement, New Welfarism”, içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, 38, 39.

¹¹⁶ Türker Savaş, İsmail Yaman Yurtman, Cemil Tölü; “Hayvan Hakları ve Hayvan Refahı: Felsefi Bakış- Nesnel Arayışlar”, *Hayvansal Üretim* 50(1) (2009): 56.

¹¹⁷ David Fraser, “Animal Welfare”, içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, 47.

Hayvanların *iyi hissetme* halinin nasıl belirleneceğine ilişkin çoğu zaman birbirini tamamlayan üç temel yaklaşım olduğu söylenebilir. İlk yaklaşım *hayvanların nasıl hissettiğine* odaklanır. Bu bakış açısına göre hayvanların kaliteli bir yaşam sürmeleri ve iyilik halinin belirlenmesinde anahtar hususlar hisler ve duygulardır¹¹⁸. İnsan davranışlarının hayvanlarda neden olduğu acı, öfke, açlık, can sıkıntısı gibi rahatsız edici ve olumsuz duygular, hayvan refahı bağlamında değerlendirilmelidir¹¹⁹. Hayvanlar bu tür duygulara ne kadar maruz kalırsa refahları o kadar düşük olacaktır. Bu duygular yalnızca fizyolojik nedenli değildir, bazen zihinsel acılar da negatif duyguların ortaya çıkmasına neden olabilir¹²⁰. İkinci yaklaşım ise refahı, *hayvanların biyolojik işlevi* üzerinden değerlendirmenin önemini vurgulamıştır. Buna göre hayvanlar gelişmeli, normal büyüme ve üreme yeteneğine sahip olmalı; hastalık, yaralanma, yetersiz beslenme, davranış ve fizyoloji anormalliklerinden makul ölçüde uzak olmalıdır. Hayvan refahını ele alan üçüncü ve son yaklaşım ise *hayvanların makul ölçüde doğal ya da kendi doğalarına uygun bir hayat sürmelerine izin verilmesi* gerektiğini söyler¹²¹. Bu perspektifte hayvan refahı, hayvanların doğadaki tüm doğal davranışlarını sergileyebilecekleri çevre koşullarının sağlanması olarak tanımlanabilir¹²². Hayvan refahına ilişkin bu üç yaklaşımın somutlaştığı önemli belgelerden biri İngiltere hükümeti tarafından kurulan Çiftlik Hayvanlarının Refahı Komitesinin 1993 yılında hazırladığı rapordur. Raporda refahın sağlanması için hayvanlara Beş Özgürlük (The Five Freedoms) alanının tanınması gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu rapora göre bir hayvan, çiftlikte, pazarda, transfer halinde ya da kesim yerinde olsun, bu beş temel özgürlük alanının refahın belirlenmesinde standart olarak alınması gerekir: (1) Hayvanlar aç ve susuz bırakılmamalıdır. (2) Hayvanlara uygun barınak ve çevre koşulları sağlanmalıdır. (3) Hayvanlar acıdan, yaralanmadan ve hastalıktan korunmalıdır (4) Hayvanlar olağan davranışlarını sergileme özgürlüğüne sahip olmalıdır (5) Hayvanlar korku ve stresten korunmalıdır¹²³.

Hayvan refahının bilimsel boyutuna ilişkin hayvanlarla doğrudan çalışan bilim insanların vurguladığı bir diğer konu refahın ahlaki mülahazalardan bağımsız bir biçimde bilimsel yolla ölçülebilir olduğudur¹²⁴. Zira bir hayvanın refahı, özünde, onun çevresiyle ve çevresinde olanlarla başa çıkma çabaları

¹¹⁸ Fraser, "Animal Welfare", içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, 47.

¹¹⁹ Marian Stamp Dawkins, "From an Animal's Point of View: Motivation, Fitness and Animal Welfare", *Behavioral and Brain Sciences* 13 (1990): 1.

¹²⁰ Dawkins, "From an Animal's Point of View: Motivation, Fitness, and Animal Welfare", 13.

¹²¹ Fraser, "Animal Welfare", içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, 47, 48.

¹²² Hayati Koknaroglu, Turgay Akunal, "Animal Welfare: An Animal Science Approach", *Meat Science* 95 (2013): 821.

¹²³ *Farm Animal Welfare Council, Report on Priorities for Animal Welfare Research and Development* (May 1993), <https://edepot.wur.nl/134980>, Erişim Tarihi: Ağustos 19, 2023.

¹²⁴ Donald Maurice Broom, "Animal Welfare: Concepts and Measurement", *Journal of Animal Science* 69 (1991): 4168.

sonucundaki “durumu”dur¹²⁵. Açlık ya da susuzlukla savaşıırken vücut kütle-
sinin bir kısmını kaybetmesi ya da gün ışığı göremediği için yaşadığı stres bu
“durum”lara örnek olarak verilebilir. Hayvanın refahının belirlenmesinde genel
olarak ömür boyu üreme başarısı, vücut hasarı ölçümleri, hastalık seviyesi, nor-
mal tepkide geri çekilme, ortalama yaşam süresi ve ızdırıp çekme (suffering)
gibi ölçütlere başvurulmaktadır¹²⁶. Hayvanların açlık, korku, acı gibi ızdırıp
hislerinin hayvan refahının belirlenmesinde merkezi bir konumda olduğunu
düşünen yazarlar mevcuttur¹²⁷. Bununla birlikte hayvanlarda oluşan acı ve sı-
kıntının ölçülmesi ve net bir biçimde ortaya konması bilimsel anlamda da zorlu
bir iştir. Bu ölçümü gerçekleştirmek için endokrinel, davranışsal, otonom sinir
sistemi ve immünolojik uç noktalar gibi yöntemler benimsenmiştir; hayvanla-
rın kortizol seviyeleri ölçülmüştür. Ancak bu ölçümlerin hiçbiri tek başına acı
ve stresi belirlemek için yeterli değildir¹²⁸. Nitekim hayvanın acı ve ızdırabının
bilimsel açıdan kanıtlanmanın mümkün olmadığını iddia eden yazarlar da var-
dır. Bu görüşlere göre hayvanın kendini iyi hissetmesi terimi pozitif bilimsel
yöntemlere açık değildir, bunun yerine *hayvana ve türe uygun* terimi kullanıl-
malıdır. Hayvanların duygusal dışavurumları fizyolojik olarak açıklanabilse de
öznel algısına erişmek mümkün değildir. Buna karşılık hayvanların iyilik ya da
ızdırıp halinin belirlenmesinde (en azından yüksek organizasyonlu hayvanlar
için) insan ile benzerliğinin baz alınabileceği ifade edilmiştir. *Homolog* çıkar-
sama adı verilen ilk varsayıma göre hayvanlar merkezi sinir sistemi düzleminde
insanlarınkine benzer duyusal ve motor aktivitelere sahip olduğu için acı çeke-
bilir. *Analog* çıkarsamada ise insan ve hayvanların benzer morfolojik, fizyolo-
jik ve davranışsal özellikleri acı çekmenin temellendirilmesinde kullanılmış-
tır¹²⁹. Sonuç olarak şunu söylemek mümkündür, hayvanların hisleri hakkında
nesnel verilere ulaşmak mümkün olmasa da davranışsal ve fizyolojik veriler
elde edilebilir. Bu veriler ve hayvan biliminin modern gelişmeleri ışığındaki
genel kabule göre bir hayvanın çektiği acı ne kadar artarsa refahı o kadar azal-
acaktır¹³⁰. Bu bakımdan bilimsel yönüyle hayvan refahını sabit bir hedef olarak
değil, az ya da çok işaretleri olan bir skala olarak düşünmek yerinde olacaktır.

¹²⁵ Donald Maurice Broom, “Indicators of Poor Welfare”, *Br. Vet. J.* 142 (1986): 524.

¹²⁶ Broom, “Animal Welfare: Concepts and Measurement”, 4168-4172.

¹²⁷ Dawkins, “From an Animal’s Point of View: Motivation, Fitness, and Animal Welfare”, 1.

¹²⁸ Gary P. Moberg, “Biological Response to Stress: Implications for Animal Welfare”, içinde *The Biology of Animal Stress: Basic Principles and Implications for Animal Welfare* (Oxon, The United Kingdom: CABI Publishing, 2000): 18-19; Koknaroglu, Akunal, “Animal Welfare: An Animal Science Approach”, 822.

¹²⁹ Sambraus, H.H. 1992. Tierschutz, Naturwissenschaften und Ethologie. *Arch. Tierz.* 35: 181-192; Bessei, W. 2006. Quantifizierung von Wohlbefinden bei Tieren. 21. Hülsenberger Gespräche, Lübeck, 14.-16. Juni, 151-159’den aktaran Savaş, Yurtman ve Tölü, “Hayvan Hakları ve Hayvan Refahı: Felsefi Bakış Nesnel Arayışlar”, 57.

¹³⁰ Broom, “Animal Welfare: Concepts and Measurement”, 4169.

B. AVRUPA'DA HAYVAN REFAHINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN GELİŞİMİ

Hayvan refahına dair Avrupa'da 19. yüzyılda başlatılabileceğimiz düşünsel gelişimin hukuki düzlemdeki ilk izdüşümü 1882 yılında İngiliz Parlamentosu tarafından onaylanan hayvanlara eziyet edilmesine ilişkin düzenleme olarak kabul edilmektedir¹³¹. 20. yüzyıla gelindiğinde ise İngiltere (1911), Danimarka (1916), Almanya (1933), Norveç (1935) ve İsveç'in (1944) hayvanlara eziyetin cezalandırılmasına ilişkin düzenlemeler yaptığı görülmektedir¹³². 20. yüzyılın ikinci yarısında İngiliz *Ruth Harrison* tarafından yazılan "Hayvan Makineleri (Animal Machines¹³³)", hayvan refahı hareketi ve kavramın hukuki metinlere girişi bakımından oldukça önemlidir¹³⁴. *Harrison* bu kitabında II. Dünya Savaşı sonrası modern hayvancılığın çarpıcı gerçeklerini ortaya koymuştur. Hızlanan endüstrileşmenin yanında gıda talebi ve ihtiyacındaki artış; büyükbaşta, küçükbaşta, süt danalarından, kümes hayvanları ve diğer kuş türlerine kadar bütün hayvanları, işleyen bir makinenin "dişlileri" haline getirmiştir.

Harrison'un kitabının etkisiyle İngiltere Parlamentosu, *Prof. Dr. Francis Brambell* öncülüğünde bir araya gelen Brambell Komitesinin modern çiftçilik yöntemlerini incelemesi ve hayvan refahını tanımlaması için talepte bulunmuştur¹³⁵. Bu inceleme, günümüzdeki birçok ulusal düzenlemenin yanında Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği düzenlemesine ilham olan "Beş Özgürlük (The Five Freedoms)"ün temellerini atmıştır¹³⁶. Hayvanlara tanınması gereken asgari özgürlük alanlarını belirleyen *Beş Özgürlük*, İngiltere Çiftlik Hayvanları Konseyi tarafından günümüze kadar birçok kez tadil edilmiştir.

Hayvan refahına ilişkin önemli dönüm noktalarından biri UNESCO tarafından hazırlanan 1978 tarihli Hayvan Hakları Evrensel Bildirisi'dir. Bildiri'de açıkça "hayvan refahı" kavramı kullanılsa da birçok maddesinin içeriği hayvan refahına işaret etmektedir¹³⁷. Bununla birlikte bu bildiri bağlayıcı değildir. Hayvan re-

¹³¹ Jessica Vapnek, Megan Chapman, *Legislative and Regulatory Options for Animal Welfare* (Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2010), 29, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2898362, Erişim Tarihi: Eylül 8, 2023.

¹³² Frida Lundmark, C. Berg, O. Schmid, D. Behdadi, H. Röcklinsberg, "Intentions and Values in Animal Welfare Legislation and Standards", *J. Agric Environ Ethics* 27 (2014): 993.

¹³³ Ruth Harrison, *Animal Machines* (UK: CABI, 2013).

¹³⁴ Lundmark, Berg, Schmid, Behdadi ve Röcklinsberg, "Intentions and Values in Animal Welfare Legislation and Standards", 993.

¹³⁵ Joy A. Mench, "Thirty Years After Brambell: Whither Animal Welfare Science?", *Journal of Applied Animal Welfare Science*, 1(2) (1998): 91, 92. 91-102.

¹³⁶ Vapnek ve Chapman, *Legislative and Regulatory Options for Animal Welfare*, 6.

¹³⁷ Örneğin m. 3 "Hiçbir hayvana kötü ve zalimce davranılmaz. Bir hayvanın öldürülmesi zorunlu ise bu, bir anda ve acı çektilmeden yapılmalıdır."; m. 7 "Tüm çalışan hayvanlar iş süresinin sınırlandırılması, işin daha az yorucu olması, gerekli ölçüde bir beslenme ve dinlenme hakkına sahiptir"; m. 9 "Beslenmek için bakılan hayvanlar barındırılmalı, taşınmalı ve ölümleri de korkutmadan ve acı çektilmeden olmalıdır"; <https://constitutii.files.wordpress.com/2016/06/file-id-607.pdf>, Erişim Tarihi: Eylül 8, 2023.

fahının bağlayıcı uluslararası düzenlemelerde yer alması iki önemli ayak üzerinden ilerlemiştir: Avrupa Konseyi (Konsey) ve Avrupa Birliği (AB ya da Birlik). Avrupa Konseyi, II. Dünya Savaşı'ndan hemen sonra, 1949 yılında kurulmuştur. Konsey hayvanların korunmasına ilişkin çalışmalarına ise 1960'larda başlamıştır. Kurulma amacı uluslararası barış ve işbirliğini sağlamak olan Konsey, hayvanların korunmasını insan onurunun korunmasıyla yakın ilişkide görmüş ve ülkeler arasında konuya ilişkin uyumun sağlanmasının gerekli olduğuna inanmıştır¹³⁸. Bu kapsamda, 1968 yılında Hayvanların Uluslararası Taşıma Sırasında Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, 1976 yılında Yetiştirme Amaçlarıyla Muhafaza Edilen Hayvanların Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi, 1979 yılında Kesim Sırasında Hayvanların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, 1986 yılında Deney ve Diğer Bilimsel Amaçlarla Kullanılan Omurgalıların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, 1987 yılında Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi imzaya açılmıştır¹³⁹.

Hayvan refahı açısından uluslararası alanda belki de en önemli ve (standart belirleme açısından yalnızca Avrupa'da değil tüm dünya üzerinde) etkili düzenlemeler AB Müktesebatı çerçevesinde gerçekleşmiştir. AB Müktesebatı'nda hayvan refahına ilişkin ilk düzenleme, İngiltere'nin 1973 yılında birliğe katılmasının da etkisiyle, 1974 yılında hayvanların kesimden önce bayıltılmasına ilişkin kabul edilen hukuki metin olmuştur¹⁴⁰. 1997 yılında kabul edilen Amsterdam Antlaşması ile Birlik'in Kurucu Antlaşmalarına değişiklik getiren bir tadil antlaşması olan ve temel metinlerinden kabul edilen Avrupa Birliği Antlaşması'na eklenen "Hayvanların Refahı ve Korunması Protokolü" de hayvanların refahının korunması bakımından önemli bir adımdır. Söz konusu Protokol'de hayvanların *hissedebilen varlıklar* (*sentient being*) olduğu ilk defa genel bir ilke olarak kabul edilmiştir:

Yüksek Sözleşmeci Taraflar,

Hissedebilen varlıklar olarak hayvanların refahına daha iyi koruma ve saygı gösterilmesini sağlamayı ARZU EDEREK,

Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma'nın ekinde yer alacak aşağıdaki hüküm üzerinde KABUL ETMİŞLERDİR,

¹³⁸ Isabelle Veissier, Andrew Butterworth, Bettina Bock, Emma Roe, "European Approaches to Ensure Good Animal Welfare", *Applied Animal Behaviour Science* 113 (2008): 280.

¹³⁹ *Hayvan Hakları, Hayvanların Korunması ve Refahı* (Ankara: Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Bakanlığı, 2011), 1, https://www.ab.gov.tr/files/Tarım%20ve%20Balıkçılık%20Başkanlığı/hayvan_haklari_hayvanların_korunması_ve_refahi.pdf, Erişim Tarihi: Eylül 8, 2023.

¹⁴⁰ Council Directive 74/577/EEC of 18 November 1974 on stunning of animals before slaughter, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31974L0577>, Erişim Tarihi: Eylül 12, 2023; Denis Simonin, Andrea Gavinelli, "European Union Legislation on Animal Welfare: State of Play, Enforcement and Future Activities", içinde *Animal Welfare: From Science to Law*, Editör, Sophie Hild, Louis Schweitzer (Paris: La Fondation Droit Animal, Ethique et Sciences [LFDA], 2019), 60.

Birlik ve üye devletler, Birliğin tarım, balıkçılık, taşımacılık, iç pazar, araştırma ve teknolojik gelişme ve uzay alanlarındaki politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında, dini ayinler, kültürel gelenekler ve bölgesel miras konusundaki adetler ile ilgili olanlar başta olmak üzere, üye devletlerin kanuni ve idari düzenlemelerine saygı gösterir ve hissedebilen varlıklar olan hayvanların refahıyla ilgili gerekleri azami ölçüde dikkate alırlar¹⁴¹.

Amsterdam Antlaşması'nın üzerinde değişiklik yaptığı diğer hukuki metin olan Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma, 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) ismini almıştır. ABİHA, Antlaşma'nın 1. maddesine göre, Birlik'in işleyişini, yetkili olduğu alanları, yetkilerinin sınırlarını ve yetkilerinin kullanılmasına ilişkin kuralları belirler. ABİHA'nın 13. maddesi yukarıdaki düzenlemenin son paragrafını tekrar ederek Birlik ve üye devletlerin "hissedebilen varlıklar olan hayvanların refahına azami ölçüde dikkat etmeleri gerektiğini" belirlemiştir¹⁴². Aynı zamanda dini ayinlere ve kültürel geleneklere ilişkin saygı yükümlülüğü de vurgulanmıştır. ABİHA'nın 1. maddesinde belirtildiği üzere söz konusu antlaşma AB'nin üzerine kurulduğu temel iki metinden biridir¹⁴³. AB Hukuku'nun temel ilkelerine göre ABİHA'nın 13. maddesi Birlik'in hayvan refahı konusunda harekete geçmesi için yasal bir temel oluşturmakla kalmaz; tarım, balıkçılık, taşımacılık, iç pazar, araştırma ve teknolojik gelişme ve uzay alanlarında politika geliştirirken dikkate alması gereken bir zorunluluktur¹⁴⁴. Üye ülkeler ilgili politika alanlarına ilişkin yasal düzenlemelerinde hayvan refahını dikkate almazlarsa Birlik Hukuku bağlamında sorumlulukları doğacaktır. Diğer taraftan dini ayinler bağlamında, din ve inanç özgürlüğünü korumaya ilişkin yükümlülükleri de söz konusudur.

ABİHA'nın yanı sıra Birlik, 70'li yıllardan itibaren hayvan refahına ilişkin birçok direktif ve tüzük¹⁴⁵ düzenlemiştir. Çiftçilik faaliyetlerine ilişkin kapsayıcı (*umbrella*) bir direktifin yanı sıra domuz, buzağı, yumurta tavuğu ve kasaplık

¹⁴¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:11997D/PRO/10&from=IT>, Erişim Tarihi: Eylül 9, 2023.

¹⁴² <https://ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, Erişim Tarihi Ocak 17, 2023.

¹⁴³ Diğer temel metin Avrupa Birliği Antlaşması'dır, bkz. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023.

¹⁴⁴ Simonin, Gavinelli, "European Union Legislation on Animal Welfare: State of Play, Enforcement and Future Activities", 60.

¹⁴⁵ Tüzükler (regulations) ve direktifler (directives) *acquis communautaire* olarak isimlendiren AB Müktesebatı içindeki temel düzenleme şekillerindedir. Tüzükler, genellikle dar kapsamlı ve mevcut bir yasayı değiştirmek ya da düzeltmek için tasarlanmış hukuki metinlerdir. Usulünce kabul edilmiş bir tüzük Birlik'e üye tüm devletler için bağlayıcıdır, aynı zamanda ulusal bir yasaya dönüştürülmesine gerek olmadan *doğrudan* uygulanabilir niteliktedir. Direktifler ise üye devletlere amaç ve hedefler bakımından yol göstericidirler. Ancak bu amaç ve hedeflere nasıl ulaşılabileceğine karar vermek devletlere bırakılmıştır. Direktifler çoğunlukla politika hedeflerinin ana hatlarını çizer ya da uyumlaştırma amacı güder. Birlik'e üye devletler, bir direktifin hedeflerine ulaşmak için nasıl bir yol haritası çizdiklerini AB Komisyonuna bildirmekle yükümlüdür, Jonathan Olsen, *The European Union Politics and Policies*, Seventh Edition (New York: Routledge, 2021), 92.

tavuklar için özel dört direktif mevcuttur¹⁴⁶. 98/58 sa. kapsayıcı AB Direktifi, çiftliklerde yetiştirilen tüm omurgalı türler için genel hükümler içermektedir¹⁴⁷. Söz konusu direktifin İngiltere’de geliştirilen Beş Özgürlük ilkesini yansıtan hareket özgürlüğü, beslenme ve su ihtiyacı, kısırlaştırma, barınma, ıslah usulleri, kayıt tutma gibi genel gereklilikleri içerdiği görülmektedir¹⁴⁸. 1/2005 sa. Tüzük ise kendileri ya da ürünleri bir ekonomik faaliyetle bağlantılı olarak taşınan tüm canlı omurgalı hayvanlara uygulanan kapsamlı bir düzenlemedir¹⁴⁹. Mevzubahis Tüzük’te, taşımaya uygun hayvanlar (zayıf ya da hasta hayvanlar, yardımsız yürüyemeyen hayvanlar, gebeliklerinin sonundaki dişiler vb. hayvanlar taşımaya uygun olmayan olarak kabul edilir), yükleme, boşaltma, hayvanların taşınması, her bir hayvan için asgari alan ve asgari nakliye süresi gibi konularda kesin kuralları mevcuttur¹⁵⁰. AB Müktesebatı’nda çalışma konumuz bakımından en önemli düzenleme ise hayvanların öldürülmesine ilişkin 1099/2009 sa. AB Tüzüğü (Tüzük)’dür¹⁵¹. Bu düzenleme esas olarak mezbahalardaki hayvan kesimlerine ilişkin kuralları içermekle birlikte; kürk hayvanları, hastalık kontrolü ya da diğer amaçlarla nüfusun azaltılması, itlaf edilen hayvanlar, acil durum kesimi gibi hayvan çiftliklerinde gerçekleşmesi muhtemel ölüm halleri için de geçerlidir¹⁵². Tüzük’ün 4. maddesinin gerekçesine göre: “Hayvan refahı, [AT Antlaşması’na] eklenen hayvanların korunması ve refahına ilişkin Protokol’de (No 33) yer alan bir [AB] değeridir”. Bu nedenle maddenin okumasını yaparken bir değer olarak hayvan refahı her zaman akılda tutulmalıdır.

¹⁴⁶ Buzağılar, domuzlar, yumurta tavukları ve kasaplık tavuklara ilişkin direktifler için sırasıyla bkz. Council Directive 2008/119/EC of 18 December 2008 laying down minimum standards for the protection of calves, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008L0119>, Council Directive 2008/120/EC of 18 December 2008 laying down minimum standards for the protection of pigs, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0120>, Council Directive 1999/74/EC of 19 July 1999 laying down minimum standards for the protection of laying hens, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1999/74/oj>, Council Directive 2007/43/EC of 28 June 2007 laying down minimum rules for the protection of chickens kept for meat production, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32007L0043>, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023.

¹⁴⁷ Council Directive 98/58/EC of 20 July 1998 concerning the protection of animals kept for farming purposes, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0058>, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023.

¹⁴⁸ Simonin, Gavinelli, “European Union Legislation on Animal Welfare: State of Play, Enforcement and Future Activities”, 61.

¹⁴⁹ Council Regulation (EC) No 1/2005 of 22 December 2004 on the protection of animals during transport and related operations and amending Directives 64/432/EEC and 93/119/EC and Regulation (EC) No 1255/97, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02005R0001-20191214> Eylül 10, 2023.

¹⁵⁰ Simonin, Gavinelli, “European Union Legislation on Animal Welfare: State of Play, Enforcement and Future Activities”, 63.

¹⁵¹ Council Regulation (EC) No 1099/2009 of 24 September 2009 on the protection of animals at the time of killing, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009R1099>, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023.

¹⁵² Simonin, Gavinelli, “European Union Legislation on Animal Welfare: State of Play, Enforcement and Future Activities”, 63.

Tüzük'ün 4. maddesinin 1. fıkrasına göre hayvanların kesimden önce izin verilen teknikler uyarınca bayıltılması zorunludur. Hayvanların ölümüne sebep olmayan bu bayıltma teknikleri sonrasında, mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde kanama, omuriliğin kırılması (pithing), elektrik akımı (electrocution) ya da anoksi (oksijen yetersizliği) gibi canlılığın bitmesini garantileyen prosedürler uygulanmalıdır. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise zorunlu bayıltma işlemine bir istisna tanınmıştır. Buna göre bir mezbahada gerçekleşmesi şartıyla dini törenlerde belirtilen özel kesim yöntemlerine tabi tutulan hayvanlar söz konusu olduğunda 4. maddenin 1. fıkrasında belirtilen zorunluluk uygulanmayacaktır. Bununla birlikte Tüzük'ün 26. maddesinin 2-c bendine göre Üye Devletler, hayvan refahını sağlamak üzere Tüzük'ün 4 (4) maddesine ilişkin daha katı düzenlemeler yapabilir. 26. maddenin 3. fıkrasında ise hayvan refahı bağlamındaki bilimsel gelişmelere önemli bir atıfta bulunulmuştur. İlgili fıkra göre, bir Üye Devlet, yeni bilimsel kanıtlara dayanarak Tüzük'ün Ek-1'de belirtilen bayıltma yöntemleriyle ilgili olarak hayvanların daha kapsamlı korunmasını sağlamayı amaçlayan önlemleri almayı gerekli gördüğü takdirde, AB Komisyonuna bildirecektir¹⁵³.

C. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ BELÇİKA MERKEZ İSRAİL KONSEYİ VE DİĞERLERİ KARARI

2020 yılının Aralık ayında Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD ya da Divan) tarafından verilen Belçika Merkez İsrail Konseyi (BMİK) ve Diğerleri¹⁵⁴ kararı hayvan refahının din ve inancı açıklama özgürlüğü karşısındaki konumunu belirlemek açısından en önemli kararlardan biridir. Kararın öneminin ilk nedeni, neredeyse tüm Avrupa kıtasını içine alan Birlik üyesi ülke topraklarının tamamında etki doğuracak olmasıdır. İkinci nedeni ise AB standartlarının yalnızca söz konusu coğrafyada değil, Birlik'e üye olmaya aday devletler ve müzakere sürecinde olanlar başta olmak üzere hayvan refahına ilişkin standartlarını yükseltmeye çalışan tüm ülkelerce örnek alınmasıdır. Bu kararla birlikte bir uluslararası / ulusüstü mahkeme, din ve inanç özgürlüğü ile, hatta daha geniş anlamda bir insan hakkı ile hayvan refahının karşı karşıya gelebileceğini ilk defa bu kadar yüksek sesle dile getirmiştir.

Belçika'da 2019 yılı öncesinde yürürlükte olan 14 Ağustos 1986 tarihli Hayvanların Korunması ve Refahı Hakkındaki Belçika Kanunu'nun 16. maddesine

¹⁵³ Council Regulation (EC) No 1099/2009 of 24 September 2009 on the protection of animals at the time of killing, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009R1099>, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023.

¹⁵⁴ Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others, Judgment of the Court (Grand Chamber), 17 December 2020, Case C-336/19. ABAD'a başvurular BMİK (Centraal Israëlitisch Consistorie van België) yanında, Antwerp Camiler Birliği VZW Unie Moskeeën Antwerpen VZW), Antwerp İslam Kurban Bayramı VZW (Islamitisch Offerfeest Antwerpen VZW), Belçika Müslümanları İdaresi (Executief van de Moslims van België) ve Diğerleri, Belçika Yahudi Örgütleri Koordinasyon Komitesi (Coördinatie Comité van Joodse Organisaties van België), Dünya Yahudi Kongresi ve Avrupa Yahudi Kongresi'nin Belçika Bölümü VZW ve Diğerleri (Section belge du Congrès juif mondial et Congrès juif européen VZW).

göre bir hayvanın ön-bayıltma (prior-stunning) olmadan kesilmesi yasaktır ve mücbir sebep durumunda olursa dahi hayvana en az acı veren yöntemin kullanılması yükümlülüğü mevcuttur. Bununla birlikte 16. maddenin 1. fıkrasında “dini törenle öngörülen kesim”ler için ön-bayıltma koşuluna istisna getirilmiştir. 7 Temmuz 2017 tarihli ve 2019 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik Kararnamesi ise Hayvanların Korunması ve Refahı Kanunu’nun 15. maddesinde bir değişiklik yaparak “hayvanlar dini törenlerin gerektirdiği özel yöntemlere göre kesiliyorsa, bayıltma işlemi geri döndürülebilir olmalı ve hayvanın ölümü bayıltmadan kaynaklanmamalıdır” hükmünü eklemiştir. Böylelikle Belçika’nın Flaman bölgesinde dini törenlere uygun kesimlerde geri döndürülebilir ön-bayıltma işlemi zorunlu hale gelmiştir.

Belçika’da hayatını sürdüren Musevi ve Müslüman toplumunun çeşitli temsilcilerinden oluşan bir grup, yürürlükte olan Hayvanların Korunması ve Refahı Hakkındaki Kanun üzerinde değişiklik yapılmasına dair 7 Temmuz 2017 tarihli Kararname’nin din ve inanç özgürlüklerine haksız bir müdahale içerdiğini iddiasıyla konuyu Belçika Anayasa Mahkemesinin önüne taşımıştır. Belçika Anayasa Mahkemesi ise konuyu ABAD’a taşımıştır. Belçika Anayasa Mahkemesi ABAD’a ön karar incelemesi için konumuzla bağlantılı iki temel soru yöneltmiştir: (1) 1099/2009 sa. Tüzük’ün 26 (2)- c bendine göre devletlere verilen hayvan refahının sağlanmasına ilişkin daha katı düzenlemeler yapma yetkisi, dini törenlere uygun hayvan kesiminde geri döndürülebilir ön-bayıltma prosedürünün zorunlu tutulmasını içerir mi? (2) Eğer bu sorunun cevabı olumluysa Tüzük’ün 26 (2)-c bendi Avrupa Temel Haklar Şartı (Şart)’nın 10. maddesinde düzenlenen din ve inanç özgürlüğünü ihlal ediyor mu?

ABAD bu iki soruyu bir arada cevapladığı incelemesinde hayvan refahının Avrupa toplumu için ne anlama geldiğini ortaya koyarak başlamıştır:

... her şeyden önce, 1099/2009 sayılı Tüzük’ün 4(1) maddesinin, ilgili düzenlemenin 20. gerekçesiyle bağlantılı bir biçimde okunduğunda, bir hayvanın öldürülmeden önce bayıltılması gerektiği ilkesini ortaya koyduğunu ve bilimsel çalışmalar önceden bayıltmanın öldürme anında hayvan refahını en az tehlikeye atan teknik olduğunu gösterdiğinden bunu bir zorunluluk olarak belirleyecek kadar ileri gittiğini... göz önünde bulundurmak gereklidir. Söz konusu Yönetmelik’in 4. gerekçesinde belirtildiği gibi, bu hükümde ortaya konulan *ön-bayıltma (prior stunning)* ilkesi, artık ABİHA’nın 13. maddesinde yer alan maddeye göre Avrupa Birliği ve Üye Devletlerin hayvan refahı politikalarını formüle ederken ve uygularken hayvanların refah gereksinimlerini mutlak olarak dikkate alması gerektiğini ortaya koyan ve *hayvan refahı* olarak adlandırılan bir Avrupa Birliği değerini ifade etmektedir¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Case C-336/19, § 41.

ABAD'a göre Tüzük, üye ülkelere hayvan refahı ile dini açıklama özgürlüğü arasında sağlanması gereken uzlaşma için bir çerçeve oluşturmaktadır:

...1099/2009 sayılı Tüzük'ün ilgili hükmü uyarınca Üye Devletler'e verilen yetki bağlamında, hayvanlar için bu Tüzükle sağlanandan daha fazla koruma sağlamak için tasarlanmış ek kuralları benimsemeleri, diğerleri yanında, bahsi geçen Devletler'e dini geleneklerce öngörülen hayvan kesimlerinde de hayvanları öldürmeden önce bayılma zorunluluğu getirme yetkisi verebilir, ancak bu durumda [yükümlülüğün yerine getirilmesi] Şart'ta yer alan temel haklara saygı gösterilmesine bağlıdır¹⁵⁶.

ABAD, Şart'ın 10. maddesinde düzenlenen din ve inanç özgürlüğünün AİHS'in 9. maddesinde güvence altına alınan özgürlüğe karşılık geldiğini vurgulayarak Şart'ın 10. maddesinin yorumlanmasında bu özgürlüğün dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Nitekim AB Temel Haklar Şartı'nda AİHS hükümlerine paralel düzenlemeler içermektedir¹⁵⁷. Sözleşme sistemi ile AB Temel Haklar Şartı'nın benzer düzenlemeler getirmesi durumunda, hakların anlamı, kapsamı ve sınırlandırılmasına ilişkin hususlar aynı şekilde yorumlanacaktır¹⁵⁸. Bu çerçevede Divan, AİHM'in yerleşik üç aşamalı testini uygulamıştır. Dini inancını açıklama özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanuniliğine ilişkin bir tartışma olmadığını ortaya koyan ABAD, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik (ya da orantınlık) incelemesini birlikte yapmayı tercih etmiştir. Divana göre çeşitli temel hakların ve ilkelerin söz konusu olduğu durumlarda mevzubahis tüm hususlar arasında adil bir denge sağlamak elzemdir:

Antlaşmalarda yer alan çeşitli temel hak ve ilkelerin söz konusu olduğu gibi durumlarda, örneğin mevcut davada Şart'ın 10. maddesinde güvence altına alınan hak ile ABİHA'nın 13. maddesinde düzenlenen hayvan refahı, orantınlık ilkesine uyulup uyulmadığının değerlendirilmesi, mevzubahis çeşitli hak ve ilkelerin korunmasının gereklerini uzlaştırma ihtiyacına uygun olarak, aralarında adil bir denge sağlanarak yürütülecektir¹⁵⁹.

Divan bu adil dengenin, her bir Üye Devlete özel bir sosyal bağlamı muhafaza etmeyi ve geniş bir takdir marjı tanımayı dışlamadığını belirtmekle birlikte, Avrupa Gıda Güvenliği Otoritesi'nin, 1099/2009 sa. Tüzük'ün 6. maddesinin gerekçesinde atıfta bulunulan, hayvanların öldürülmesi sırasında acısını azaltmanın en iyi yolunun ön-bayılma olduğu konusundaki bilimsel görüşler üzerinde-

¹⁵⁶ Case C-336/19, § 48.

¹⁵⁷ Şart'ta AİHS'e paralel düzenlemeler yer almakla birlikte, farklı olarak pratikte usul açısından bir fayda sağlayacağı düşüncesiyle AB'nin tüm dinlere saygı göstereceği ifade edilmiştir, Muhterem Dilbirliği, *Avrupa'da Din ve Vicdan Özgürlüğü* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 134.

¹⁵⁸ Julia Molthagen, "Das Verhältnis der EU-Grundrechte zur EMRK: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Charta der Grundrechte der EU", Dissertation, Hamburg, 2003'den aktaran Dilbirliği, *Avrupa'da Din ve Vicdan Özgürlüğü*, 135.

¹⁵⁹ Case C-336/19, § 65.

ki fikir birliğinin altını çizmiştir. Aynı zamanda Flaman yasama organının geri döndürülebilir ön-bayıltma işleminde elektronarkozun hayvanın ölümüne sebep olmadığını, ölüm sebebinin kanama olduğunu belgelendirdiğini vurgulamıştır¹⁶⁰.

ABAD'a göre çağdaş demokratik toplumlar ile Avrupa'daki değerler değişimi ve Şart'ın *yaşayan belge* niteliği orantılılık incelemesinde mutlaka dikkate alınmalıdır:

İkinci olarak, AİHS gibi Şart da günümüz koşulları ve demokratik ülkelerde bugün hüküm süren fikirler ışığında, Üye Devletlerdeki, hem toplumsal hem de mevzuat açısından, değerler ve fikirlerdeki değişimlerin dikkate alınması gerektiği sonucuyla yorumlanması gereken yaşayan bir belgedir... Çağdaş demokratik toplumların birkaç yıldır artan bir şekilde önem atfettikleri bir değer olarak hayvan refahı, toplumdaki değişimler ışığında, dini kurallara uygun kesim bağlamında daha fazla dikkate alınabilir ve böylece ana davada söz konusu olan gibi düzenlemelerin orantılılığının meşrulaştırılmasına yardımcı olabilir¹⁶¹.

Divan, nihayetinde, Flaman yasama organının düzenlediği kararnamenin hayvan refahına verilen önem ile Musevi ve Müslüman inananların dinlerini açıklama özgürlüğü arasında adil bir denge kurulmasına izin verdiği ve orantılı olduğu sonucuna varmıştır¹⁶². Bu sonuç, hayvan refahının din ve inanç özgürlüğüyle, diğer bir deyişle "bir temel hak ve özgürlük" ile yarışabileceğinin ve bu yarışmadan galip ayrılabilceğinin ilanı anlamına gelmektedir.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında iki soruya cevap aranmıştır. İlk soru dini kurallara uygun hayvan kesiminin din ve inanç özgürlüğünün kapsamı içinde olup olmadığıdır. Din ve inanç özgürlüğü, iki boyutta ele alınabilir. *Forum internum*, herhangi bir dini inanca ya da kanaata sahip olmak ve bu inanç ya da kanaati değiştirmeyi içeren ve mutlak bir insan hakkıdır. *Forum externum* ise benimsenen din ve inancı açıklama özgürlüğünü içeren ve sınırlandırılabilen bir insan hakkıdır. Bu çalışmada doktrinde yapılan tartışmalar ve AİHM içtihatları çerçevesinde dini kurallara uygun hayvan kesiminin din ve inanç özgürlüğünün dışı yönelik görünüm biçimiyle, diğer ifadeyle din ve inancı açıklama özgürlüğüyle ilgili olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Dini kurallara uygun hayvan kesimi, bir din ve inancı açıklama özgürlüğü pratiğidir. Bununla birlikte *forum internum* ve *forum externum* arasında her zaman keskin ayrımların yapılabilmesi mümkün değildir. Dini kurallara uygun hayvan kesiminin, inanç özgürlüğü ile olan kuvvetli bağımlı inkar etmek oldukça zordur. Bu nedenle mahkemelerin inancı açıklama özgürlüğüne

¹⁶⁰ Case C-336/19, § 71-72, 75.

¹⁶¹ Case C-336/19, § 77.

¹⁶² Case C-336/19, § 80.

müdahale olarak nitelendirdiği eylemlerin, hakkın mutlak doğasına zarar verip vermediği çerçevesinde de değerlendirilmesi önem arz eder.

Çalışma boyunca cevabı aranan ikinci soru ise hayvan refahının din ve inanç özgürlüğünü sınırlandıracak meşru bir amaç olup olmadığıdır. Hayvan refahı felsefi ve bilimsel boyutlarıyla ele alınabilecek bir kavramdır. Felsefi boyutuyla hayvan refahı yaklaşımının talebi, hayvanların gereksiz acıdan uzaklaştırılması ve insanca muamele görmesidir. Bilimsel boyutuyla hayvan refahının en yaygın tanımı ise kendini iyi hissetme halidir. 20. yüzyılın ikinci yarısında hayvan refahına ilişkin felsefi ve düşünsel gelişimin yanı sıra bilimsel gelişmeler de meydana gelmiş ve bazı hayvan refahı göstergeleri belirlenebilmiştir. Tüm bu gelişmeler ışığında, hayvan refahının korunması hem Avrupa Birliği hem de Avrupa Konseyi düzeyinde hukuki düzenlemelerin konusunu oluşturmaya başlamıştır. Avrupa Birliği'nin üzerine kuruldu 2 temel metinden biri olan ABİHA'nın 13. maddesinde Birlik'in ve üye devletlerin hissedebilen varlıklar olan hayvanların refahlarıyla ilgili gerekleri azami ölçüde dikkate alması gerektiği belirtilmiştir. AB müktesebatında hayvan refahına ilişkin bir diğer önemli düzenleme 1099/2009 sa. AB Tüzüğüdür. Tüzük'ün dördüncü maddesinin gerekçesine göre hayvan refahı bir Avrupa Birliği değeridir. Bu nedenle mezbahalardaki hayvan kesimlerine ilişkin kuralları düzenleyen söz konusu tüzüğün yorumlanmasında hayvan refahı değeri önemli bir yer tutar. 1099/2009 sa. Tüzük'ün 4. maddesinin birinci fıkrasına göre hayvanların kesimden önce izin verilen teknikler uyarınca bayıltılması zorunludur. Bu teknikler hayvanın ölümüne sebep olmamalı, yalnızca canlılığın bitmesini sağlayan diğer prosedürlerden önce hayvanların bilimsel gelişmeler ışığında gereksiz fizyolojik ve psikolojik acıdan uzak tutulmasını hedeflemelidir. Tüzük'e göre ön-bayıltma işleminin istisnası, dini törenlerde belirtilen özel kesim yöntemlerine tabi tutulan hayvanlardır. Avrupa'da yüzyıllardır var olan Museviliğin ve son yüzyılda yükselen bir biçimde yerleşik unsur haline gelen İslam'ın bazı hayvansal gıdaların tüketimine ilişkin getirdiği kurallar din ve inanç özgürlüğü bağlamında yeni bir tartışma konusunun insan hakları hukuku alanına dahil olmasına neden olmuştur. Belçika'da yaşayan bazı Musevi ve Müslümanlar, Avrupa Birliği tarafından bir ilke olarak kabul edilen ön-bayıltma işleminin din ve inanç özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Bu durum hayvan refahı ile din ve inanç özgürlüğünün karşı karşıya gelmesine neden olmuştur.

Avrupa Birliği Adalet Divanının hayvan refahının korunması amacıyla getirilen ön-bayıltma ilkesi ve Avrupa Temel Haklar Şartı'nın 10. maddesinde düzenlenen din ve inanç özgürlüğü bağlamında ele aldığı *Belçika Merkez İsrail Konseyi ve Diğerleri* kararı, hayvan refahının Avrupa toplumunda hızla yükselen bir değer olarak ortaya çıktığını doğrulamıştır. ABAD'ın kararına göre hayvan refahı, çağdaş demokratik toplumların son yıllarda giderek önem verdiği bir değerdir. Toplumdaki bu değişim ışığında, dini kurallara uygun hayvan kesimi düzenle-

melerinde hayvan refahı, daha fazla dikkate alınması gereken bir neden olarak ortaya çıkmaktadır. Divana göre, Birlik tarafından kabul edilen çeşitli haklar ve ilkeler arasındaki çatışma durumlarında çözüm, çatışan hak ve değerler arasında adil bir denge sağlanması ile mümkündür. Divanın bu ifadesi hayvan refahını; kamu düzeni, kamu güvenliği, genel sağlık, ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amaçları gibi, din ve inancını açıklama özgürlüğünü sınırlandırabilecek bir “neden” olarak gördüğünün açık göstergesidir. ABAD’ın insan hakları metinlerinin ve toplumun dinamik doğasına yaptığı vurgu ve orantılılık incelemesi; hayvanların menfaatlerinin yalnızca din ve inanç özgürlüğünün açıklanmasının sınırlandırılmasına değil, genel olarak mutlak olmayan tüm insan haklarının sınırlandırılmasına yönelik bir meşru amaç olarak ortaya çıkmasının ayak sesleri olarak okunabilir. Avrupa toplumu ve mahkemeleri hayvan refahını, Kant’ın düşüncesindeki gibi insana karşı dolaylı ödevlerden ziyade, insana karşı ödevlerden bağımsız ve müstakil olarak, *hissedebilen canlılar olarak hayvanlara karşı ödevler* şeklinde okumaya başlamıştır.

KAYNAKÇA

- A Guide to Schechita*, May 2009, Published by Schechita UK, 3, https://www.shechitauk.org/wp-content/uploads/2016/02/A_Guide_to_Shechita_2009__01.pdf Erişim Tarihi: Ağustos 6, 2023.
- Al-Teinaz, Yunes Ramadan. “What is Halal Food?”, içinde *The Halal Food Handbook*, Editör, Yunes Ramadan Al-Teinaz, Stuart Spear, Ibrahim H. A. Abd El-Rahim (Wiley Blackwell, 2020): 9-29.
- Aristoteles, *Politika*. 17. Basım. İstanbul: Remzi Kitabevi, 2014.
- Aşar, Haluk. “Hayvan Haklarına Yönelik Temel Görüşler ve Yanılgıları.”, *Kayı Bursa Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, S. 30 (2018): 239-251.
- Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. New York: Dover Publications, 2012.
- Broom, Donald Maurice. “Animal Welfare: Concepts and Measurement.”, *Journal of Animal Science* 69 (1991): 4167-4175.
- Broom, Donald Maurice. “Indicators of Poor Welfare.”, *Br. Vet. J.* 142 (1986): 524-526.
- Common Witness and Proselytism: A Study Document* (ER Vol. 22 No 1), Joint Working Group between the Roman Catholic Church and the World Council of Churches (1971), <https://archive.org/details/wccjwgrccwcc005/page/11/mode/1up>, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2023.
- Dawkins, Marian Stamp. “From an Animal’s Point of View: Motivation, Fitness and Animal Welfare.”, *Behavioral and Brain Sciences* 13 (1990): 1-61.
- Demir, Hande Seher. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Derin Türkoğlu, Bengü Merve. “İnanç Özgürlüğünün İç Boyutu.” *TİHEK Akademik Dergisi*. C. 5, S. 8 (2022): 121-142.
- Descartes, Rene. *The Philosophical Writings of Descartes*, Translated by John Cottingham, Robert Stoothoff, Dugald Murdoch, Anthony Kenny, Vol. III, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- Dilbirliği, Muhterem. *Avrupa’da Din ve Vicdan Özgürlüğü*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Duncan, Ian J.H. “Animal Welfare: A Brief History.” içinde *Animal Welfare: From Science to Law*, Editör. Hild, Sophie ve Schweitzer, Louis. Paris: La Fondation Droit Animal, Ethique et Sciences [LFDA], 2019.
- Erdoğan, Mustafa. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. Gözden Geçirilmiş 3. Baskı. Ankara: Orion Yayınevi, 2012.
- Evans, Carolyn. *Freedom of Religion Under the European Convention of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Farm Animal Welfare Council, Report on Priorities for Animal Welfare Research and Development*. (May 1993), <https://edepot.wur.nl/134980> Erişim Tarihi: Ağustos 19, 2023.

- Francione, Gary L. “Animal Rights Movement, New Welfarism.”, içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Editör. Marc Bekoff, Foreword by Jane Goodall, 2nd Edition, California: Greenwood Press, 2009: 38-42.
- Fraser, David. “Animal Welfare.”, içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*. Bekoff, Marc, Editör. Foreword by Jane Goodall, 2nd Edition, California: Greenwood Press, 2009: 47-49.
- Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights, Freedom of Thought, Conscience and Religion, Updated on 31 August 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_9_eng Erişim Tarihi: Temmuz 31, 2023.
- Harrison, Ruth. *Animal Machines*. UK: CABI, 2013.
- Hazar, Zeynep. *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Kahraman, Abdullah. “Gıda Ürünlerinde Helal ve Haramı Belirleme Yöntemi.”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt XVI, Sayı: 1 (2012): 453-478.
- Kant, Immanuel. *Lectures on Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Koknaroglu, Hayati, Akunal, Turgay, “Animal Welfare: An Animal Science Approach.”, *Meat Science* 95 (2013): 821-827.
- Köse, Saffet. “Fıkhi Açından Helal Gıdanın Temel İlkeleri.”, *Helal ve Etik Araştırmalar Dergisi*, 2(1), (2020): 1-18.
- Kutsal Kitap*, İstanbul: Yeni Yaşam Yayınları, 2014.
- Lundmark, Frida, Berg, C., Schmid, O., Behdadi, D., Röcklinsberg, H., “Intentions and Values in Animal Welfare Legislation and Standards.”, *J. Agric Environ Ethics* 27 (2014): 991-1017.
- Mench, Joy A. “Thirty Years After Brambell: Whither Animal Welfare Science?.” *Journal of Applied Animal Welfare Science*. 1(2) (1998): 91-102.
- Mill, John Stuart, “Whewell on Moral Philosophy”, *Essays on Ethics, Religion and Society*, John M. Robson. Editör. Canada: University of Toronto Press, London: Routledge & Kegan Paul, 1969.
- Moberg, Gary P. “Biological Response to Stress: Implications for Animal Welfare.”, içinde *The Biology of Animal Stress: Basic Principles and Implications for Animal Welfare*, Moberg, G. P., Mench, J. A., Editör. Oxon, The United Kingdom: CABI Publishing, 2000: 1-21.
- Olsen, Jonathan. *The European Union Politics and Policies*. Seventh Edition, New York: Routledge, 2021.
- Özenc, Berke. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnanç Özgürlüğü ve Türkiye*. İstanbul: Kitap Yayınevi, 2006.
- Probyn-Rapsey, Fiona. “Anthropocentrism.”, içinde *Critical Terms for Animal Studies*, Editör, Lori Gruen (Chicago and London: The University of Chicago Press, 2018): 47-63.
- Rabbi Yosef Breuer zt”l, *Glatt Kosher- Glatt Yoshor*, <https://web.stevens.edu/golem/llevine/rsrh/yosef%20breuers%20kosher%20yosher.pdf>, Erişim Tarihi: Ağustos 11, 2023.

- Regan, Tom. "Animal Rights.", içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Editör, Marc Bekoff, Foreword by Jane Goodall, 2nd Edition, California: Greenwood Press, 2009: 36-38.
- Regan, Tom. *Animal Rights Human Wrongs an Introduction to Moral Philosophy*. USA: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2003.
- Rosen, S.D., "Physiological insights into Shechita.", *Veterinary Record*, June 12, (2004) 154: 759-765.
- Savaş, Türker, Yurtman, İsmail Yaman, Tölü, Cemil, "Hayvan Hakları ve Hayvan Refahı: Felsefi Bakış- Nesnel Arayışlar.", *Hayvansal Üretim* 50(1) (2009): 54-61.
- Silver, Joel. "Understanding Freedom of Religion in a Religious Industry: Kosher Slaughter (Shechita) and Animal Welfare.", *Victoria University of Wellington Law Review*, 42 (2011): 671-704.
- Simonin, Denis, Gavinelli, Andrea, "European Union Legislation on Animal Welfare: State of Play, Enforcement and Future Activities.", içinde *Animal Welfare: From Science to Law*, Hild, Sophie, Editör. Louis Schweitzer, Paris: La Fondation Droit Animal, Ethique et Sciences [LFDA], 2019: 59-70.
- Singer, Peter. *Animal Liberation the Definitive Classic of the Animal Movement*. New York: Open Road Integrated Media, 2015.
- St. Thomas Aquinas. *The Summa Theologica*. Translated by Fathers of the English Dominican Province. https://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1225-1274,_Thomas_Aquinas,_Summa_Theologiae_%5B1%5D,_EN.pdf. Erişim Tarihi: Ekim 14, 2023.
- Stahnke, Tad. "Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law.", *BYU L. Rev.*, Vol 1, Iss. 1 (1999): 251-354.
- Szybel, David. "Animal Welfare and Animal Rights, A Comparison.", içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Bekoff, Marc, Editör. Foreword by Jane Goodall, 2nd Edition, California: Greenwood Press, 2009: 49-51.
- Şentürk, Lütfi, Yazıcı, Seyfettin, *İslam İlmihali*, 34. Baskı, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları: 334, 2019.
- Tatar, Dilara Buket. "Hayvanların Korunması Dair Görüşlere Eleştirel Bir Bakış.", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 3 (2016): 297-329.
- Türkçe Sözlük*. 11. Baskı. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2011.
- Van Der Schyff, Gerhard. "Ritual Slaughter and Religious Freedom in a Multilevel Europe: The Wider Importance of the Dutch Case.", *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 3, No. 1 (2014): 76-102.
- Vapnek, Jessica, Megan, Chapman, *Legislative and Regulatory Options for Animal Welfare*. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2010 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2898362 Erişim Tarihi: Eylül 8, 2023.
- Veissier, Isabelle, Butterworth, Andrew, Bock, Bettina, Roe, Emma, "European Approaches to Ensure Good Animal Welfare.", *Applied Animal Behaviour Science* 113 (2008): 279-297.
- Yazır, Elmalılı M. Hamdi. *Hak Dini Kur'an Dili Meali*. Sadeleştirilenler Prof. Dr. Lütfullah Cebeci- Prof. Dr. Sadık Kılıç, 3. Basım, Ankara: Akçağ Yayınları, 2014.

Mahkeme Kararları ve Raporları

- Abdi Ibrahim v. Norway, 15379/16, 10.12.2021.
- Ağyan and Others v. Armenia, 75604/11, 12.10.2017.
- Ancient Baltic Religious Association Romuva v. Lithuania, 48329/19, 08.06.2021.
- Arrowsmith v. The United Kingdom (Com)(Rep), 7050/75, 12.10.1979.
- Arrowsmith v. The United Kingdom (Com)(Dec), 7050/75, 16.05.1977.
- Ásatrúarfélagið v. Iceland (Dec), 22897/08, 18.09.2012.
- Bayatyan v. Armenia (GC), 23459/03, 07.07.2011.
- Boudelal v. France (Dec), 14894/14, 13.06.2017.
- Buscarini and Others v. San Marino (GC), 24645/94, 18.02.1999.
- C v. The United Kingdom, 10358/83, 15.12.1983.
- Campbell and Cosans v. The United Kingdom, 7511/76, 7743/76, 25.02.1982.
- Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others, Judgment of the Court (Grand Chamber), 17 December 2020, Case C-336/19.
- Cha'are Shalom ve Tsedek v. France (Com), 697, 08.12.1999, Press Release, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"fulltext":\["27417/95"\],"itemid":\["003-68045-68513"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)
Erişim Tarihi: Ağustos 11, 2023.
- Cha'are Shalom ve Tsedek v. France (GC), 27417/95, 27.06.2000.
- D. v. France (Com) (Dec), 10180/82, 06.12.1983.
- Dahlab v. Switzerland (Dec), 42393/98, 15.02.2001.
- Dyagilev v. Russia, 49972/16, 10.03.2020.
- Enver Aydemir v. Turkey, 26012/11, 07.06.2016.
- Eweida and Others v. The United Kingdom, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 27.07.2013.
- F.P. v. Germany (Com)(Dec), 19459/92, 29.03.1993.
- Folgerø and Others v. Norway, 15472/02, 29.06.2007.
- Hamidović v. Bosnia and Herzegovina, 57792/15, 05.12.2017.
- Hasan Eylem Zengin v. Turkey, 1448/04, 09.10.2007.
- Iskcon and Others v. The United Kingdom (Com)(Dec), 20490/92, 08.03.1994.
- İzzettin Doğan and Others v. Turkey, 62649/10, 26.04.2016.
- Jakóbski v. Poland, 18429/06, 07.12.2010.
- Jasvir Singh v. France (Dec), 25463/08, 30.06.2009.
- Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia, 302/02, 10.06.2010.
- Johannische Kirche and Peters v. Germany (Dec.), 41754/98, 10.07.2001.
- Khan v. The United Kingdom (Com)(Dec), 11579/85, 07.07.1986.
- Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 5095/71, 5920/72, 5926/72, 07.12.1976.

- Kokkinakis v. Greece, 14307/88, 25.05.1993.
 Korostelev v. Russia, 29290/10, 12.05.2020.
 Kosteski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, 55170/00, 13.04.2006.
 Kovalkovs v. Latvia (Dec), 35021/05, 31.01.2012.
 Krupko and Others v. Russia, 26587/07, 26.06.2014.
 Kuznetsov and Others v. Russia, 184/02, 11.01.2007.
 Larissis and Others v. Greece, 23372/94, 24.02.1998.
 Lautsi and Others v. Italy, 30814/06, 18.03.2011.
 Lautsi v. Italy, 30814/06, 03.11.2009.
 Leyla Şahin v. Turkey, 44774/98, 29.06.2004.
 Manoussakis and Others v. Greece, 18748/91, 26.09.1996.
 Nolan and K. v. Russia, 2512/04, 12.02.2009.
 Osmanoglu and Kocabaş v. Switzerland, 29086/12, 10.01.2017.
 Phull v. France (Dec), 35753/03, 11.01.2005.
 Polat v. Austria, 12886/16, 20.07.2021.
 Pretty v. The United Kingdom, 2346/02, 29.04.2002.
 S.A.S. v. France, 43835/11, 01.07.2014.
 Sinan Işık v. Turkey, 21924/05, 02.02.2010.
 Sofianopoulos, Späidiotis, Metallinos and Kontogiannis v. Greece, 1988/02, 1997/02, 1977/02, 12.12.2002.
 Stavropoulos and Others v. Greece, 52484/18, 25.06.2020.
 Taganrog Lro and Others v. Russia, 32401/10 and 19 others, 07.06.2022.
 Valsamis v. Greece, 21787/93, 18.12.1996.
 Van Den Dungen v. The Netherlands (Com)(Dec), 22838/93, 22.02.1995.
 Vereniging Rechtswinkels Utrecht v. The Netherlands (Com)(Dec), 11308/84.
 X v. Austria (Com)(Dec), 1753/63, 15.02.1965.
 X v. The United Kingdom (Com)(Dec), 6886/75, 18.05.1976.
 X. v. Germany (Com)(Dec), 6167/73, 18/12/1974.
 X. v. Iceland (Com)(Dec), 2525/65, 06.02.1967.
 X. v. The United Kingdom (Com)(Dec), 5442/72, 20.12.1974.
 Young and James v. The United Kingdom (Com)(Dec), 7601/76, 7806/77, 11.07.1977.

Diğer Kaynaklar

- Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı, Çev. İbrahim Kaboğlu, Oğuz Dönmez, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 3 (1985): 401-418.
 Council Directive 1999/74/EC of 19 July 1999 laying down minimum standards for the protection of laying hens. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023 <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1999/74/oj>.

- Council Directive 2007/43/EC of 28 June 2007 laying down minimum rules for the protection of chickens kept for meat production. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32007L0043>.
- Council Directive 2008/119/EC of 18 December 2008 laying down minimum standards for the protection of calves. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008L0119>.
- Council Directive 2008/120/EC of 18 December 2008 laying down minimum standards for the protection of pigs. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0120>.
- Council Directive 74/577/EEC of 18 November 1974 on stunning of animals before slaughter. Erişim Tarihi: Eylül 12, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31974L0577>.
- Council Directive 98/58/EC of 20 July 1998 concerning the protection of animals kept for farming purposes. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0058>.
- Council Regulation (EC) No 1/2005 of 22 December 2004 on the protection of animals during transport and related operations and amending Directives 64/432/EEC and 93/119/EC and Regulation (EC) No 1255/97. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02005R0001-20191214>.
- Council Regulation (EC) No 1099/2009 of 24 September 2009 on the protection of animals at the time of killing. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009R1099>.
- Council Regulation (EC) No 1099/2009 of 24 September 2009 on the protection of animals at the time of killing. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009R1099>.
- Hayvan Hakları, Hayvanların Korunması ve Refahı.* (Ankara: Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Bakanlığı, 2011). Erişim Tarihi: Eylül 8, 2023. https://www.ab.gov.tr/files/Tarim%20ve%20Balıkçılık%20Başkanlığı/hayvan_haklari_hayvanlarin_korunmasi_ve_refahi.pdf.
- <https://ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>. Erişim Tarihi: Ocak 17, 2023.
- <https://constitutii.files.wordpress.com/2016/06/file-id-607.pdf>. Erişim Tarihi: Eylül 8, 2023.
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:11997D/PRO/10&from=IT>. Erişim Tarihi: Eylül 9, 2023.
- <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf>. Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.
- <https://web.stevens.edu/golem/llevine/rsrh/yosef%20breuers%20kosher%20yosher.pdf>. Erişim Tarihi: Ağustos 11, 2023.
- <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023.
- https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_2_tadil_antlasmalari/2007_eu_charter_eng.pdf. Erişim Tarihi: Ekim 14, 2023.

- <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>. Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.
- https://www.bpb.de/system/files/dokument_pdf/Grundgesetz_TR_endgultig.pdf. Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.
- <https://www.britannica.com/topic/kashruth>. Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2023.
- <https://www.britannica.com/topic/terefah>. Erişim Tarihi: Ağustos 10, 2023.
- <https://www.britannica.com/topic/worship>. Erişim Tarihi: Temmuz 29, 2023.
- https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur. Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.
- <https://www.elysee.fr/en/french-presidency/the-declaration-of-the-rights-of-man-and-of-the-citizen>. Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.
- <https://www.etymonline.com/word/forum>. Erişim Tarihi: Temmuz 22, 2023.
- <https://www.etymonline.com/word/intern>. Erişim Tarihi: Temmuz 22, 2023.
- https://www.oas.org/dil/access_to_information_American_Convention_on_Human_Rights.pdf. Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.
- https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/trk.pdf. Erişim Tarihi: Ekim 13, 2023.
- https://messianicapologetics.blog/faqs/G_Glatt_Kosher.pdf. Erişim Tarihi: Ağustos 11, 2023.

OSMANLI HUKUKUNDA SEÇİMLER^(*)

Öğr. Gör. **Tuba AYKANAT^(**)**
Dr. Öğr. Üyesi **Salih KORKMAZ^(***)**

Öz

Seçimler modern demokrasilerin vazgeçilmez unsuru kabul edilmektedir. Günümüzde ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan seçim hukukunun, ortaya çıktığı dönemlerde nasıl düzenlendiği ilgi çekici bir konudur. Hukuk tarihimizde modern anlamda seçimler Osmanlı Devleti döneminde ortaya çıkmıştır. Çalışmada Osmanlı hukukunda seçimler konusu, modern seçim hukuku çerçevesinde ele alınmıştır. Osmanlı mevzuatında ve uygulamasında oy hakkı, seçim sistemi, siyasi parti düzenlemeleri, genel ve yerel seçimler güncel mevzuat ve uygulama ile mukayeseli olarak tartışılmıştır. Seçimlerin tarihinin İlk Çağ'da başladığını söylemek mümkündür. İlk Çağ'da seçimler çağa uygun ilke ve yöntemlerle gerçekleştirilmiştir. Özellikle Antik Yunan medeniyetinde seçim uygulamaları bilinmektedir. Türk hukuk tarihinde hem İslamiyet öncesi Türk hukukunda hem İslam hukukunda seçim uygulamaları görmek mümkündür. Devlet başkanlarının belirlenmesinde ve çeşitli meclislerin işleyişinde seçime başvurulmuştur. Hukuk tarihimizde modern anlamda seçimlerin yer alması, dünyadaki örneklerine yakın tarihlerde gerçekleşmiştir. Osmanlı hukukunda oy hakkı, seçim sistemi, siyasi partiler, genel ve yerel seçimler anayasa ve kanunlarla düzenlenmiştir. Bu dönemde modern seçim ilkeleri ve yöntemleri kullanılmaya başlanmıştır.

Çalışmada Osmanlı hukukunda seçimler konusu, modern seçim hukuku çerçevesinde ele alınmıştır. Osmanlı mevzuatında ve uygulamasında oy hakkı, seçim sistemleri, siyasi parti düzenlemeleri, genel ve yerel seçimler, milletvekilliği statüsü alt başlıklarında ele alınmıştır. Seçimlerin hukuki dayanağı olan kanunlar ve uygulama örnekleri birlikte değerlendirilmiştir. Uygulamaların modern seçim ilke ve yöntemleriyle karşılaştırması yapılmıştır.

Osmanlı hukukunda seçimlere ilişkin düzenlemelerin bir kısmının güncel seçim hukukuna benzediği, bazı hükümlerde ise dönemin şartlarından kaynaklanan farklılıklar olduğu görülmektedir. Bu çerçevede Osmanlı seçim hukukunda günümüz seçim hukuku ilke ve uygulamalarının önemli bir kısmının yer aldığı görülmektedir. Osmanlılar çağdaşı devletlerden geri kalmayan bir seçim hukuku oluşturmuşlardır. Bu sebeple konunun hukuki perspektiften daha fazla araştırmada ele alınması gereklidir.

Anahtar Kelimeler

Osmanlı Seçimleri, Seçim Tarihi, Seçim Hukuku, Seçim Sistemi, Oy Hakkı, Seçim İlkeleri.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 09.09.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 18.10.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1353381.

^(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Afyon / Türkiye.
E-posta: tubaaykanat42@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3495-633X>.

^(***) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Isparta / Türkiye.
E-posta: salihkorkmaz@sdu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7824-0037>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

ELECTIONS IN OTTOMAN LAW

Abstract

Elections are considered an indispensable element of modern democracies. It is an interesting issue how the electoral law, which is regulated in detail today, was regulated in the periods when it emerged. In our legal history, elections in the modern sense emerged during the Ottoman Empire. In this study, the issue of elections in Ottoman law is discussed within the framework of modern electoral law. The right to vote, electoral system, political party regulations, and general and local elections in Ottoman legislation and practice are discussed in comparison with current legislation and practice.

It is possible to say that the history of elections began in the First Age. In the First Age, elections were held with principles and methods appropriate to the age. Election practices are known especially in Ancient Greek civilization. In Turkish legal history, it is possible to see election practices both in pre-Islamic Turkish law and Islamic law. Elections were used in the determination of heads of state and the functioning of various assemblies. The introduction of elections in the modern sense in our legal history took place close to the examples in the world. In Ottoman law, the right to vote, electoral system, political parties, and general and local elections were regulated by constitutions and laws. In this period, modern electoral principles and methods began to be used.

In this study, the issue of elections in Ottoman law is discussed within the framework of modern electoral law. In Ottoman legislation and practice, the right to vote, electoral systems, political party regulations, general and local elections, and the status of deputies are discussed under the sub-headings. Laws that are the legal basis of elections and examples of practices are evaluated together. Practices are compared with modern electoral principles and methods.

It is seen that some of the regulations on elections in Ottoman law are similar to the current electoral law, while there are differences in some provisions due to the conditions of the period. In this framework, it is seen that Ottoman electoral law includes a significant portion of the principles and practices of contemporary electoral law. The Ottomans created an electoral law that did not lag behind its contemporaries. For this reason, the subject should be addressed in more studies from a legal perspective.

Keywords

Ottoman Elections, Election History, Election Law, Electoral Sistem, Right to Vote, Election Principles.

Extended Abstract

Elections are considered an indispensable element of modern democracies. It is an interesting issue how the electoral law, which is regulated in detail today, was regulated in the periods when it emerged. In our legal history, elections in the modern sense emerged during the Ottoman Empire. In this study, the issue of elections in Ottoman law is discussed within the framework of modern electoral law. The right to vote, electoral system, political party regulations, and general and local elections in Ottoman legislation and practice are discussed in comparison with current legislation and practice.

It is possible to say that the history of elections began in the First Age. In the First Age, elections were held with principles and methods appropriate to the age. It is seen that election-like practices were carried out in the Ancient Greek civilization. Although the right to vote was highly restricted, these practices are accepted as the roots of elections. In pre-Islamic Turkish law, elections were held for the ruler and decisions were taken by voting in assemblies. There are also examples of elections in Islamic legal history. How the rashid caliphs came to power have been likened to elections in various respects.

The inclusion of elections in our legal history took place at a time close to the examples in the world. In Ottoman law, the right to vote, electoral system, political parties, general and local elections were regulated by constitutions and laws. In this period, modern electoral principles and methods began to be used.

The Ottoman Empire regulated the conditions of the right to vote in-laws. Being 25 years of age, being a citizen of the Ottoman Empire, being registered on the voters' list, and residing in the same place for one year were the general conditions for the right to vote. Some crimes, relations with foreigners and bankruptcy were considered obstacles to the right to vote.

The principles of the right to vote were also included in Ottoman electoral law. The principle of universal suffrage was not fully implemented and only men were granted the right to vote. Women's suffrage was discussed in the doctrine. In this period, the states that granted women the right to vote were quite limited. The principle of equal voting was applied in Ottoman law. Elections were regulated in the Ottoman Constitution of 1876 as single-tier elections. In practice, elections were also held with two degrees. The principle of personal vote was generally accepted. In the Intihab-ı Mebusan Law, there was a provision that those who went to military service could vote by proxy. This provision is an exception to the principle of personal vote. The principles of secret ballot and open classification were accepted in Ottoman law. The principle of compulsory voting does not exist in Ottoman law. Some defended the principle of compulsory voting in the doctrine. Regulations were made to ensure the principle of free elections. Various acts that could put voters under pressure were included in the laws as crimes. Elections were supervised by a specially established commission. It is observed that Ottoman law included many of the principles of modern voting rights.

The Ottoman Constitution has no provisions for the electoral system. Generally, a two-degree and absolute majority system was applied. Single-tier elections and a simple majority system were preferred in a few elections.

In the first version of the 1876 Constitution, establishing associations was not allowed. Political parties were not legally permitted in this period. The freedom to establish political parties in Ottoman law came with the constitutional amendment in 1909. However, in 1913, the Committee of Union and Progress Party closed down the other parties and established a single-party rule.

In the bicameral Ottoman parliament, the number of members of the first chamber elected by the people was not limited. The conditions for being elected as a deputy were regulated in the constitution. Deputies had a status similar to that of the modern period. Various regulations were made regarding local elections.

It is seen that some of the regulations regarding elections in Ottoman law are similar to the current electoral law, while some provisions have differences arising from the conditions of the period. In this framework, it is seen that Ottoman electoral law includes a significant portion of the principles and practices of contemporary electoral law. The Ottomans created an electoral law that did not lag behind its contemporaries. For this reason, the subject should be addressed in more studies from a legal perspective.

GİRİŞ

Seçimler İlk Çağ medeniyetlerinden itibaren insanlığın ilgi duyduğu ve çağın şartlarına göre uygulamaya geçirdiği kurumlardır. İnsanların en tepeden alta doğru yöneticilerini, kurul organlarını seçimle oluşturduğu örnekler hep var olmuştur. Bu örnekler ve tarihi tecrübe, güncel seçim sistemlerinin ve kurallarının oluşumunda birer basamak görevi görmüşlerdir.

Seçimlerin Türk hukuk tarihinde de örnekleri vardır. Modern seçim anlayışının oluşmaya başladığı 19. yüzyılda Osmanlılar, gelişmelerden geri kalmamış, seçimle belirledikleri kişilere ve kurumlara sahip olmuşlardır. Seçimlere ilişkin ilkeler ve kurallar, anayasa başta olmak üzere çeşitli düzenlemelerde yer almıştır. Batılı ülkelerle yaklaşık aynı tarihlerde oluşturulan seçim hukukunun günümüz kuralları ve uygulaması ile karşılaştırılması önemlidir. Bu karşılaştırma hem seçim hukukunun gelişimi hakkında bilgiler verecek hem de Osmanlı seçim hukukunun yerini ortaya koyacaktır.

Osmanlı seçim hukukunu, güncel seçim hukuku ile karşılaştırmak amacıyla seçim hukukunun güncel başlıklarından hareket edilmiş, bunların Osmanlı hukukundaki karşılığına bakılmaya çalışılmıştır. Bu sebeple ana başlıklar olarak seçim kavramı ve tarihçesi, oy hakkı, seçim sistemi, siyasi partiler ile genel ve

yerel seçimler konuları belirlenmiştir. Özellikle oy hakkının şartları ve ilkeleri alt başlıklarıyla birlikte ele alınmış ve Osmanlı seçim hukukunun ana hatları ortaya çıkarılmıştır.

Osmanlıda seçimler konusunun tarih başta olmak üzere çeşitli bilim dallarında incelendiği görülmektedir. Hukukçular tarafından yapılmış hukuka dair çalışmaların sayısı ise daha azdır. Bu sebeple çalışmada anayasa ve seçim kanunları başta olmak üzere doğrudan kaynaklardan daha çok yararlanılmıştır.

Osmanlı Devleti'nde seçim hukukunu düzenleyen mevzuat hükümlerinde seçim hukuku konularının önemli bir kısmının yer aldığı görülmektedir. Bu çerçevede Osmanlı seçim hukuku ile günümüz seçim hukuku arasında oy hakkının şartları ve ilkeleri konusunda çok büyük farklar olmadığı müşahede edilmiştir. Bununla birlikte genel oy ilkesine tam uyulmaması gibi bazı hususların bundan istisna olduğu ifade edilmelidir. Burada aynı devirdeki diğer ülke uygulamalarında da benzer durumların bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Nihayet Osmanlı seçim hukukuna dair mevzuatta oy hakkının şartları ve ilkeleri konusunda ihtiyacı karşılayacak temel ilke ve kuralların mevcut olduğu ifade edilmelidir.

Osmanlı hukukunda seçim sistemi olarak basit çoğunluk seçim sistemi tercih edilmiştir. Kanun-i Esasi'de dernek hakkı düzenlenmemekle birlikte çok sayıda siyasi parti siyaset arenasında yer almış, farklı görüşleri temsil etmiştir. Mebuslara dokunulmazlık gibi güvenceler sağlanmış, hak ve sorumlulukları düzenlenmiştir.

I. SEÇİM KAVRAMI VE TARİHÇESİ

Seçim, “*temsilci olacak kişi veya yöneticilerin, oy hakkına sahip kişiler tarafından oy kullanılarak belirlenmesi işlemidir*”¹. Seçim kurumu, modern seçim anlayışına ulaşana kadar çeşitli aşamalardan geçmiştir. İnsanlar İlk Çağ'dan itibaren kendi devirlerine uygun seçim kurumları oluşturmuş ve kullanmıştır.

A. İLK ÇAĞ'DA SEÇİMLER

Tarihte seçimlerin menşei Antik Yunan'a dayandırılmaktadır Antik Yunan'da seçim öncesi dönemde irsî krallık olduğu bilinmektedir. Milattan 1000 sene önce krallık aristokrasiye dönüşerek seçimle belirlenen 9 kişilik heyetler tarafından idare olunmuştur². Antik Yunan'da halk vatandaş, perioikos ve hilotlar olarak üç tür sosyal sınıfa ayrılmaktadır. Antik Yunan'da seçimlere tüm halk katılmamıştır ve tüm Yunan halkı siyasi haklara sahip değildir. Sosyal sınıf içinde vatandaş olarak kabul edilen ve toplam nüfusunun onda birine tekabül eden az bir grup siyasi haklara sahiptir³. Oy kullanmak için erkek olma, toprak sahibi olma, din

¹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2017), 299.

² Recai G. Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1951), 248 vd.; Ekrem Buğra Ekinci, *Hukukun Serüveni*, (İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2011), 124.

³ Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 141.

adamı olma gibi bazı kriterler aranmıştır. Kadınlar, metek adlı verilen yabancılar ve halkın büyük bir kısmını oluşturan kölelerin oy hakkı olmamıştır⁴.

B. İSLAMİYET ÖNCESİ TÜRKLERDE SEÇİMLER

İslamiyet öncesi Türklerin yazılı olmayan kanun olan töre ile yönetildiği bilinmektedir. Eski Türk devletlerinde günümüz parlamentolarına benzer toy, kengeş, kurultay adları ile bilinen meclislerde ülkeye ait çeşitli sorunlar istişare edilmiş ve devleti ilgilendiren önemli kararlar alınmıştır⁵. Kurultayda alınan kararlardan biri de hakanın seçimidir⁶. İsmi zikredilen bu meclisler beyler, devlet ricali ve halkın ileri gelenlerinden oluşmaktadır. Senede üç defa toplanan Kurultay ilk toplantısında hakana bey'at manasına gelen ritüeli gerçekleştirmiştir. Eski Türklerde hakan seçimle iş başına geldiği gibi önceki hakanın veliaht tayiniyle ya da zor kullanma yoluyla da başa geçebilmiştir⁷. Eski Türklerde bahsedilen kurumlar günümüz meclisleri gibi seçimlerle oluşturulan kurumlar değildir. Buna karşın hakanların belirli gruplar tarafından seçildiği örnekler mevcuttur. Arsal, Türk hanlarının monark olduklarını ve yönetim biçiminin monarşi olduğunu belirtmiş; ancak tarihin bütün devirlerinde boy beyleri ve halkın bir kısmı tarafından fiilen ve hakikaten seçilmiş hükümdarlar olduklarını ifade etmiştir. Türkler İslamiyet'i kabul ettikten sonra siyasi düzen ve teşkilat yapısında önemli bir değişiklik yapmamış mevcut sistemi sürdürmüşlerdir⁸.

C. İSLAM HUKUK TARİHİNDE SEÇİMLER

İslam hukuk tarihinde devlet başkanının seçimi halifelik kurumu ile sağlanmıştır. Halifenin başa geliş usulüne ilişkin Kur'an-ı Kerim'de açık bir düzenleme mevcut değildir. İslam hukuk tarihinde halife seçim (bey'at), ahd, şura ve kahriyye usullerinden biri ile seçilmiştir⁹. Bu dört usulden ilki olan "seçim (bey'at) usulü" günümüz seçimlerine benzetilebilirse de mahiyeti itibariyle bazı farklılıklar arz etmektedir. İslam Hukukçuları halife seçimini, seçmenler ile seçilenler arasında bir akit olarak kabul ederler. Seçmenler itaatlerini satmakta, seçilen de yönetim satmaktadır. Bundan dolayı halifenin seçimine bey' (satım) kökünden "biat" veya "beyat" denilmiştir¹⁰. Biat kavramı Hz. Peygamber'e yönelik oldu-

⁴ Abdülkadir Özdemir ve Şükrü Nişancı, "Türkiye'de ve Dünyada Seçim Kavramı ve Olgusunun Gelişimi", *Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 46, (2009): 76.

⁵ Yılmaz Kızıltan, "I. Meşrutiyetin İlanı ve İlk Osmanlı Meclis-i Mebusan'ı", *Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 26, S. 1 (2006): 253.

⁶ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, (Ankara: Atlas Akademi, 2021): 13 vd.; Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023): 51.

⁷ Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, (İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2014): 67.

⁸ Kızıltan, "I. Meşrutiyetin İlanı ve İlk Osmanlı Meclis-i Mebusan'ı", 253.

⁹ Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, 214 vd.; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017) 81 vd.

¹⁰ Üçok, Mumcu, Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, 85.

ğunda itaat, diğer halifelere yönelik olduğunda hem itaat hem de oy anlamında kullanılmıştır¹¹. İslam tarihinde raşid halifelerden Hz. Ebubekir'in dönemin şartlarına göre seçime benzer bir sistem kabul edeceğimiz istişare usulü ile iş başına geldiği kabul edilmektedir. Özellikle Hz. Osman'ın seçiminde seçici kurul, hane hane dolaşarak herkesin tercihini öğrenmeye çabalamıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere söz konusu seçimler ile modern seçimler arasında bazı esaslı farklılıklar bulunmakla birlikte "seçim" kavramının temel mantığı üzerinde bir benzerlik vardır.

Dünyada modern seçim uygulamalarına ilişkin ilk düzenlemeler 1787 tarihli ABD Anayasasında ve 1791 tarihli Fransız Anayasasında yer almıştır. Osmanlıda ise yaklaşık bir yüzyıl sonra 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de ilk düzenleme yapılmıştır. Kanun-i Esasi'nin "Heyeti Mebusan" başlıklı kısmı ve genel seçimlere ilişkin düzenlemeleri cumhuriyet dönemine kadar seçim mevzuatının anayasal çerçevesini çizmiştir. Seçimlerin ilk hukuki dayanağı olan Kanun-i Esasi'nin 65 ila 70'inci maddeleri arasında seçime ilişkin düzenlemeler yer alır. Bu hükümlerde seçimlerin dört yılda bir gizli oyla yapılacağı, aday olma şartları ve mebusların kaç oyla seçileceği düzenlenmiştir¹²

D. OSMANLI DEVLETİNDE SEÇİMLERİN TARİHİ GELİŞİMİ

Osmanlı Devleti'nde seçme ve seçilme ile ilgili kavramlar 18. yy'ın sonlarında kullanılmaya başlamıştır. Ancak bu konuda yapılan çalışmalar devletin kuruluş döneminden itibaren kısıtlı da olsa bazı alanlarda seçim uygulamalarına rastlanmaktadır. Örneğin şehir yönetiminde görevli kethüdalar ve esnaf örgütlerindeki görevlilerin seçimle belirlenmesi seçim usulünün bilinen en eski örneklerindedir¹³.

Osmanlı devletini yeniden yapılandırma çalışmaları ilk olarak askeri alanda ikinci olarak da yönetim sistemi alanındaki reformlarla gerçekleştirilmiştir. Tanzimat Fermanı siyasi reformların yapılmaya başladığı ilk hukuki belgedir.

Tanzimat Fermanının ilanından hemen sonra 1840'ta taşrada mali, idari ve adli salahiyetlere sahip memleket meclisleri kurulmuş ve Osmanlı toplumu ilk kez seçimle tanışmıştır. Önemli fonksiyonları olan taşra meclisleri, resmi memurların yanında halkın seçtiği üyelerden oluşmuştur¹⁴. Taşra ve memleket mec-

¹¹ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 116 vd.; Mustafa Sabri Küçükaşçı, Ali Satan ve Abdulkadir Macit, Editör, *Geçmişten Günümüze Hilafet*, İstanbul: İlem Yayınları, 2019), 49; M. Ali Kapar, "İslam'da Bey'at (Seçim Usulü)", *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 4 (1991): 73-83.

¹² Fatih Mehmet Sancaktar, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Anayasa, Seçim ve Meclis Tecrübesi*, (İstanbul: Ötügen Yayınları, 2021): 67, Ahmet Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku*, C. 1, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011): 442-444.

¹³ Musa Çadircı, "Osmanlı Devrindeki Halk Oy'unun Yönetimdeki Yeri", *Özgür İnsan*, S. 3 (1972): 26.

¹⁴ Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, 148; İlber Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, (İstanbul: Hil Yayınları, 1987), 127.

lisleri, muhassıllık meclislerinin kaldırılması ile isim değiştirerek bu meclislerin yerini alan ve devamı özelliği gösteren kurumlardır¹⁵. Taşra meclislerinin vergi toplama gibi idari yetkileri ve adli yetkisi bulunmaktadır¹⁶. Daha çok danışma hüviyetleri olsa da adı geçen meclisler vilayet nizamnamelerine kadar temsili kurumlar olarak kabul edilebilir¹⁷. Karmaşık ve modern seçim ilkelerine aykırı bir usulle açık oy, açık tasnif ile seçimler gerçekleştirilmiştir. Aday olma şartlarını taşıyan kişiler isimlerini mahkemeye yazdırıp aday olmuşlardır. Seçmen olabilmek için de akıl sahibi, geliri iyi, emlak sahibi ve laf anlar olmak gerekmektedir. Herkes seçmen değildi, kura ile her köyden 5 kişi seçilir ve kazanın büyüklüğüne göre bu sayı farklılık gösterirdi. Adaylar bu seçmen kitlesi tarafından seçilirdi¹⁸. İlk meclislerde seçilen üyeler vali, ayan ve güç sahiplerinin yakınları olduğundan ve halkın yönetime doğrudan katılımını gerçekleştirme amacı taşımadığından kimi yazarlar bu meclislerin siyasal katılımı sağlamadığını savunmaktadır¹⁹.

Osmanlı Devleti 1864'ten itibaren taşradaki vergileri daha etkin toplamak için Muhassıl Meclisi adıyla yerel kurumlar oluşturmuştur. Bu yerel kurumlarda atama ile gelenlerin yanı sıra seçimle gelen üyelerin de yer alması öngörülmüştür. Tanzimat döneminin seçimlere ilişkin diğer bir önemli gelişmesi ise vilayet sistemiyle ortaya çıkmıştır. 1864 ve 1871 Vilayet Nizamnameleri ile Osmanlı yeni bir vilayet örgütlenmesine ile köklü bir idari değişime gitmiştir. Bu örgütlenmede eskilerin yerini alan yeni idari birimler kurulmuş ve yeni temsili kurumlar ihdas edilmiştir. Vilayet, liva ve kazalarda idari meclisler oluşturulmuştur. Bu meclislerin tabi üyeleri olduğu gibi seçimle gelen iki Müslüman ve iki gayrimüslim olmak üzere dört üyesi bulunmuştur. Seçimle gelen üyelerin seçilme işlemi karışık ve uzun bir usule dayanmıştır²⁰. Taşra idaresinde bulunan vilayet, liva ve idare meclisleri bir çeşit yerel yönetim kurulu olarak düşünülebilir. Yönetim sisteminde yapılan reformla vilayet, liva, kaza ve nahiye idare meclisleri kurulmuştur. Vilayet umumi meclislerinde seçimle gelen üyeler de yer almıştır. Bu meclis üyelerinin bir kısmı ilk Osmanlı parlamentosunda mebus olarak görev yapmışlardır²¹.

¹⁵ İlber Ortaylı, *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri (1840-1880)*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2018): 44.

¹⁶ Kadir Acar, "Osmanlı'da Taşra Meclislerinin Mülki ve Hukuki Görevlerinin Ayrılması", *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 2, S. 2 (2015): 1.

¹⁷ Mustafa Gençoğlu, "1864 ve 1871 Vilayet Nizamnamelerine Göre Osmanlı Taşra İdarisinde Yeniden Yapılanma", *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2 S. 1 (2011): 32.

¹⁸ Ortaylı, *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdaresi*, 36.

¹⁹ Özgür Yılmaz, "Tanzimat Döneminde Osmanlı Taşra İdare Meclisleri (1840-1871)", *History Studies International Journal of History*, 6, S. 6, (2014): 265.

²⁰ Gençoğlu, 1864 ve 1871 Vilayet Nizamnamelerine Göre Osmanlı Taşra İdaresinde Yeniden Yapılanma, 34; Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, 127.

²¹ Mehmet Alkan, "Osmanlıdan Günümüze Seçimler Kısa Tarihi", *Görüş Dergisi*, S. 48, (1999): 48; Musa Çadircı, "Türkiye'de Kaza Yönetimi (1840-1876)", *Bellefen* 53, S. 206 (1989), 237 vd.

Osmanlı tarihindeki ilk genel seçim olan Mebusan Meclisi seçimleri planlandığında bir seçim kanunu yoktu. Bu nedenle ilk seçimlerde kullanılmak üzere 1876 tarihinde “Meclis-i Umuminin Suret-i İntihabına ve Tayinine Dair Talimat-ı Muvakkate” adını taşıyan bir düzenleme yapılmış ve meclisin nasıl oluşturulacağı kurallara bağlanmıştır²². Düzenleme Sultan II. Abdülhamit’in onayı ile yürürlüğe girmiştir. Talimat-ı Muvakkate, 1877 yılında taşrada yapılan ilk eyalet seçimlerinde uygulanmıştır. Aynı bir seçim bölgesi olan İstanbul ve çevresinde ise “Beyanname” adıyla hazırlanan kanunname uygulanmıştır. Hazırlanan bir cetvel ile de mebusların illere göre dağılımı gösterilmiştir²³. Talimat-ı Muvakkate ile Beyannamenin bazı hükümleri Kanun-ı Esasinin düzenlemeleri ile zıtlık oluşturmuştur. Örneğin Kanun-ı Esâsi’nin 69’uncu maddesi seçimlerin dört yılda bir yapılacağını öngörmesine rağmen Talimat-ı Muvakkate seçimlerin ilgili yıla ait olduğunu düzenlemiştir. Bu uyumsuzluk Kanun-ı Esasi’nin 43 ve 70’inci maddelerinin farklı anlaşılmasından kaynaklanmaktadır²⁴.

28 Haziran 1877’de Osmanlı-Rus Savaşı’nın çıkması ile ilk meclis dağılmıştır. Aynı yıl Talimat-ı Muvakkate esaslarına göre ikinci genel seçim yapılmıştır. 13 Aralık 1877 yılında göreve başlayan ikinci meclis de birinci meclis gibi padişah tarafından 1878 yılında feshedilmiştir. Meclis dağılmadan önce bir seçim yasası hazırlanmış, bu kanun Ayan Meclisi’nden de geçmiş; ancak padişah bu yasayı onaylamadan meclisi tatil etmiştir²⁵.

Yaklaşık 30 yıllık bir aradan sonra 1908 yılında padişah meclisin tekrar toplanmasına karar vermiştir. Osmanlı Mebusan Meclisi tarafından hazırlanan ancak yürürlüğe konulmayan “İntihab-ı Mebusan Kanunu²⁶” padişah onayı ile yürürlüğe girmiş ve 1942 tarihinde kabul edilen 4320 sayılı Mebus Seçimi Kanunu’nun yayımlanmasına kadar yürürlükte kalmıştır²⁷. Bunun dışında 1912 yılında Kanun-ı Muvakkat ve 1919 yılında Mebusan İntihabına Mahsus Kararname yürürlüğe girmiştir. Osmanlı döneminde seçimlere ilişkin son düzenleme ise Heyet-i Temsiliye adına Mustafa Kemal tarafından yayınlanan 1920 yılına ait “İntihab Hakkında

²² Bekir Sıtkı Baykal, “Birinci Meşrutiyet’e Dair Belgeler”, Belleten 25, S. 96 (1960): 609-612, Ali Fuat Başgil, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1946): 24-25.

²³ Seydi Vakkas Toprak, “İlk Osmanlı Seçimleri ve Parlamentosu”, *Sosyoloji Dergisi*, 3, S. 26 (2013): 173; Selda Kılıç, “1876 Meclis-i Mebusanı ve Seçim Hazırlıkları”, *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S. 30 (2011): 30.

²⁴ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2017): 153-154-155; Sancaktar, *Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Anayasa, Seçim ve Meclis Tecrübesi*, 67.

²⁵ Satılmış Gökbayır, “Gizli Bir Cemiyetten İktidara: Osmanlı İttihat ve Terakki Cemiyeti’nin 1908 Seçimleri Siyasi Programı”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 3, S. 1 (2012): 75.

²⁶ Servet Armağan, “Türkiye’de Parlamento Seçimleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 33, S. 3-4 (1967): 59.

²⁷ İntihab-ı Mebusan Kanununun yürürlüğe girdikten sonra uygulanmasına yönelik “İntihab-ı Mebusan Kanunununnamesi’nin Suret-i İcraiyyesi’ne Dair Talimat Layihası” tüm vali ve mutasarrıflıklara gönderilmiştir. *Düstur*, II. Tertip, c. 1, 37-39.

Tebliğ”dir²⁸. Özetle Osmanlı Devleti’nde ilki I. Meşrutiyet dönemi, diğerleri de II. Meşrutiyet ve mütareke dönemi olmak üzere toplam beş seçim yapılmıştır²⁹. İlk seçimler 1876/1877 yılında Kanuni Esasi, Talimat-ı Muvakkate, Beyanname ve mebus dağılımını gösteren Cetvel çerçevesinde, diğerleri de 1908, 1912, 1914, 1919 yıllarında İntihabı Mebusan Kanunu esas alınarak yapılmıştır³⁰.

II. OSMANLI HUKUKUNDA SEÇİMLERİN GENEL ESASLARI

Etkin siyasi makamların seçimle belirlenmesi demokrasinin temel unsurlarındandır. Seçim uygulamalarında seçimlere katılacak seçmenlerin belirlenmesi, oy hakkı ilkelerinin ortaya konulması ve seçim sistemi tercihi önemlidir. Ülkeler genel olarak birbirine benzer ancak kendilerine özgü olarak bu konuları düzenlemiştir. Osmanlı Devleti’nde de oy hakkına ve seçim sistemlerine ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

Seçim, en sade hali ile yönetilenlerin yönetenleri belirlemesiyle sonuçlanan hukuki süreç ve işlemler bütünü olarak ifade edilebilir. Bu nedenle Osmanlıda seçim süreci içinde yer alan mebuslar, meclis ve bunların padişah ile olan hukuki münasebetlerine kısaca değinmek o dönemin seçimlerini doğru değerlendirmek için faydalı olacaktır. Kanun-i Esasi’de meclis Meclis-i Ayan ve Meclis-i Mebusan olarak iki meclisten oluşmaktadır. Heyet-i Ayan üyeleri padişah tarafından atanmakta ve ömür boyu görevde kalmaktadır³¹. Meclisin seçilen kısmını oluşturan, Heyet-i Mebusan ise her elli bin erkek nüfusu bir üye temsil edecek şekilde iki dereceli bir seçimle ve gizli oyla halk tarafından seçilmiştir. Sancak temel seçim birimi olarak kabul edilmiştir. 1876 tarihli Talimat-ı Muvakkat ile seçimlerin yapılma usulü belirlenmiştir³². Kanun-i Esasi’nin 47’nci maddesi gereği mebuslara yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı güvenceleri verilmiştir. Bu düzenlemeler sonucunda Osmanlı döneminde temsili nitelikte, seçime dayalı ve yasama yetkisine sahip bir meclis oluşmuştur. Bununla birlikte padişahın yasama yetkilerini kullanmada güçlü rolü devam etmiştir. Meclis-i Umumi’nin her iki heyeti de padişah buyruğu ile Kasım ayında açılmakta ve beş ay görev yaptıktan sonra mart

²⁸ Melike Ayşe Kapdan, “Türkiye’de Parlamento Seçimleri ve Yasal Çerçevesi”, (Yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019): 55.

²⁹ Alaattin Uca, “Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimlerinde Yayımlanan Bir Talimatname ve Düşündürdükleri”, 8, S. 73 (2021), 2116; Cezmi Arslan ve Kenan Olgun, 1876’dan 1950’ye İstanbul’un Seçim Tarihi, Büyük İstanbul Tarihi, 3, 328, Erişim Tarihi: Şubat 10, 2023. <https://istanbultarihi.ist/>.

³⁰ Rıdvan Akın, *Türk Siyasal Tarihi 1908-2000*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010): 14-15; Özlem Karsandık Yazıcı, “Osmanlı Devleti’nde Bir Mebus Adayının Seçim Beyanname”, *Çanakkaale Araştırmaları Türk Yılığ*, 19, S. 31 (2021): 145-146.

³¹ Ali Akyıldız, “Meclis-i Ayan”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Erişim Tarihi: Şubat 10, 2023. <https://islamansiklopedisi.org.tr>; Kılıç, “1876 Meclis-i Mebusan ve Seçim Hazırlıkları”, 33.

³² Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, 195-196; Hasan Kayalı, “Elections and the Electoral Process in the Ottoman Empire, 1876-1919”, *International Journal of Middle East Studies* 27, No. 3 (Aug. 1995), 269.

ayında kapanmaktadır³³. Padişah zorunlu toplantı dönemleri dışında da meclisi toplantıya çağırabilmekte ayrıca gerektiğinde üyeleri yeniden seçilmek kaydı ile Heyet-i Mebusan'ı feshedebilmektedir³⁴. 1908 yılında seçilen Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan anayasa değişikliği yapmış, yapılan bu değişiklik ile yürütmenin yetkileri kısıtlanırken yasamanın yetkileri güçlendirilmiştir. Meclisin kendiliğinden toplanabilmesi, meclis başkanını serbestçe seçme, padişah harcamalarının parlamento tarafından denetimi ve yasa önerme için padişah izninin aranmaması bu değişikliklerden bazılarıdır. 1908, 1912 ve 1914 yıllarında üç genel seçim yapılmıştır. Bütün bu seçimler imparatorluğun toplumsal ve düşünsel yapısını etkilemiş, demokratik dönüşümün temelini oluşturmuştur³⁵. Osmanlı tarihinde seçimlerde farklı düzenlemelerin uygulanması gerekmiştir. Kanun-i Esasinin ilanı vakit alacağı için önce seçim yapılması kararı alınmış, bu nedenle seçim kanunu yokken seçimlere gidilmiştir. Seçimlerin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için usul ve esasları belirleyen bir yasa hazırlanmıştır³⁶. Bu sebeple Talimat-ı Muvakkate ve Beyanname (bir nev'i kanun hükmünde kararname) oluşturulmuştur. Talimat-ı Muvakkate, Kanun-i Esasi'den farklı hükümler içerdiği gibi Beyanname'nin de kısmen Talimat-ı Muvakkate'den ayrılan özellikler içerdiği görülmektedir. Seçimler için 1908 sonrasında ise İntihab-ı Mebusan Kanunu hükümleri geçerli olmuştur. Çalışmamızda yoğunlukla Osmanlı seçimlerinin usulünü belirleyen Talimat-ı Muvakkate, Beyanname ve 1908 tarihli seçim kanunu düzenlemeleri çerçevesinde seçim esasları incelenmiştir. Adı geçen düzenlemeler farklı dönemlerde uygulanmış yasal düzenlemelerdir. Yoksa birbirinden bağımsız ve farklı hükümler içeren normlar aynı anda yürürlükte değildir. Metin içerisinde karışık olarak verildiği için bu durumun göz önünde bulundurulması kafa karışıklıklarının önüne geçecektir.

A. OSMANLI HUKUKUNDA OY HAKKI

Oy hakkı, belirli şartları taşıyan kişilerin yönetime ilişkin tercihlerini ortaya koymalarını sağlayan temel seçim unsurudur. Oy hakkına sahip kişiler seçmen kimliği kazanmaktadır. Bu başlık altında oy hakkı, Osmanlıdaki şartları ve ilkelere açısından ele alınmıştır.

1. Osmanlı Hukukunda Oy Hakkının Şartları

Oy hakkının şartları her ülkenin Anayasası ve ilgili kanunları tarafından belirlenmektedir³⁷. Oy hakkının şartı olarak vatandaş olmak, belirli bir yaşı doldur-

³³ Kanun-i Esasi md. 43; Cem Eroğul, *Anatüzeğe Giriş*, (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2000): 216.

³⁴ Kanun-i Esasi md. 44, md. 7.

³⁵ Eroğul, *Anatüzeğe Giriş*, 223.

³⁶ Toprak, "İlk Osmanlı Seçimleri ve Parlamentosu", 173; Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 152; Başgil, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*, 24-25.

³⁷ 1982 Anayasasının 67. maddesinde ve Seçim Kanunu'nun 8. ve 86. maddelerinde oy hakkının şartları düzenlenmiştir.

muş olmak, seçmen listesine kayıtlı olmak, ehliyetsiz olmamak, liyakatsiz olmak gibi şartlar kabul edilmektedir³⁸.

Osmanlı hukukunda seçmenliğin şartlarını düzenleyen 02.08.1908 tarihli İntihab-ı Mebusan Kanunu'na göre seçmen olabilmek için 25 yaşını doldurmak, Osmanlı vatandaşı olmak, Osmanlı devleti sınırları içinde erkek nüfusu kapsayacak şekilde hazırlanan seçmen listesine yazılı olmak ve 1 yıldır aynı mahalde ikamet etmek şartları aranmıştır. Medeni haklardan mahrum bulunmak, yabancıardan imtiyaz hakkı olmak, iflas edip iade-i itibar olmamak, mallarına haciz konulup kaldırılmamış olmak, devlete az çok vergi vermemek seçme hakkının düşme sebepleridir (m. 11). Seçme hakkına sahip olup da oy kullanamayacaklar bunlar ile sınırlı değildir, 8'inci madde gereği bir kimsenin hizmetkarlığında bulunanlar, kötü şöhrete sahip olanlar ile kabahat, cinayet ve siyasi suç işlemiş olanlar da oy kullanamayacaktır³⁹. İntihab-ı Mebusan Kanunu iki dereceli seçim öngördüğünden ikinci seçmenlere ilişkin şartları ayrı bir maddede aynı şartları tekrar etmek suretiyle düzenlemiştir (m. 22). İkinci seçmenler için vergi verme ve ilmühaber ibrazı şartları aranmamıştır (m. 21). Memurlara ve askerlere oy kullanma hakkı verilmiştir⁴⁰.

Seçmen listesinin nasıl oluşturulacağı ise 1 Ocak 1877/16 Zilhicce 1293 tarihli Dersaadet Beyannamesi'nin 2. maddesinde düzenlenmiştir⁴¹. Buna göre muhtarlar ve imamlar şartları taşıyan kişileri belirleyerek seçmen listesini oluşturmakla yükümlü tutulmuştur. İntihab-ı Mebusan Kanunu'nun ana 2. maddesinde ise seçmen listelerine ilişkin bir başka düzenleme yapılmıştır. Seçmen listelerinin hazırlanması ile ilgili sorumluluk valilere verilmiştir. Kanunun ikinci faslı seçmen listelerine ilişkindir. Seçmen listeleriyle görevli komisyonun oluşturulması, tutulacak defterlerin düzenlenmesi, denetimi ve korunması gibi pek çok ayrıntı bu maddelerde yer almıştır (m. 3-9).

2. Osmanlı Hukukunda Oy Hakkının İlkeleri

Günümüz demokrasilerinde adil ve özgür seçimlerin tespitinde genel oy, eşit oy, gizli oy, seçimlerin serbestliği, tek dereceli seçim, açık sayım ve döküm, seçimlerin yargısal organların yönetim ve denetiminde yapılması ilkeleri kullanılmaktadır⁴².

³⁸ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 301-302; Dursun Karaman, *Seçim Hukuku Uygulaması*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2011): 9.

³⁹ Babanzade İsmail Hakkı, *Hukuk-ı Esasiye*, (Ankara: Erguvani Yayınevi, 2014) 146; Sancaktar, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Anayasa, Seçim ve Meclis Tecrübesi*, 229; Taha Niyazi Karaca, *Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2004): 2.

⁴⁰ Babanzade, *Hukuk-ı Esasiye*, 147, 148.

⁴¹ Toprak, "İlk Osmanlı Seçimleri ve Parlamentosu", 183.

⁴² 1982 Anayasasınının 67/2 fıkrasına göre "Seçimler ve halkoylaması, serbest, eşit gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır."

a. Genel Oy İlkesi

Genel oy ilkesi, vatandaşlık, yaş ve fiil ehliyetine sahip olma gibi birtakım şartları yerine getiren herkesin oy kullanma hakkına sahip olmasını ifade eder. Genel oy hakkının zıddı olan kısıtlı oy hakkı ise vergi, servet, yetenek, cinsiyet, ırk ve din şartına bağlı olarak oyun kullanılmasıdır⁴³.

1876 Anayasasının 65. maddesinde geçen "... *tebaayi Osmaniyeden her elli bin nüfus zükurda*" ibaresi oy kullanma hakkının erkeklere tanındığını göstermektedir. 1876 Anayasası'nın genel oy ilkesinin tersi olan kısıtlı oy ilkesini benimsediği anlaşılmaktadır⁴⁴. Nitekim Mebusan Meclisi üyeleri, Osmanlı tebaasından sadece belirli niteliklere sahip erkek seçmenlerce seçilmiş ve kadınlara seçme hakkı verilmemiştir. Seçimlere erkeklerin katılımı da tam manası ile gerçekleşmemiştir.

Kadınlara oy hakkı verilmesi tüm dünyada 19. yüzyılın sonlarında yoğun olarak gündeme gelmeye başlamıştır. Avrupa'da kadınlara ilk oy hakkını Finlandiya 1907 yılında tanımıştır. Bu tarihten sonra uzunca bir süre kadınlara oy hakkı tanıyan ülkeler bir elin parmaklarını geçmeyecek sayıda olmuştur. Osmanlı hukuk doktrininde de kadınlara oy hakkı tanınması konusunun tartışıldığı görülmektedir. Konuyu değerlendiren Babanzade İsmail Hakkı, İngiltere'de oy hakkının erkeklere dahi vergi vermesi karşılığında tanındığını, vatan savunmasında kadına erkek kadar sorumluluk yüklenmediğini belirtmiş; bu şartlarla kadınlara oy hakkı tanılsa bile kadınların vergi vermek vb. şartları sağlayamayacağı için büyük bir çoğunluğunun zaten oy hakkına sahip olamayacağını dile getirmiştir⁴⁵. Bununla birlikte dönemin yazarları arasında kadınların da oy hakkına sahip olması gerektiğini ileri sürenler de vardır⁴⁶. Sosyal ise genel oya getirilecek cinsiyet ya da öğrenim esaslı kısıtlamaların geniş halk kitlelerinin oy hakkının yoksunluğunu getireceğini ifade etmiş ve oy hakkı sınırlandırılması yerine kişilerin tercihlerini saptıran ekonomik ve sosyal engeller üzerinde durulmasını önermiştir⁴⁷.

Seçimlere ilişkin Talimat-ı Muvakkate'nin 2. maddesine göre, İstanbul dışındaki yerlerde mebuslar, vilayet, liva ve kazaların idare meclisi azaları tarafından seçilmiştir. Tüm ülkede seçimlerin yapılması uzun zaman alacağı için taşrada daha önce yöre halkınca seçilen meclis azaları ikinci seçmen olarak kabul edilmişlerdir⁴⁸. Bu meclislerin azaları daha önce halk tarafından seçildiği için, seçilen mebuslarda halk tarafından seçilmiş sayılmıştır. Armağan, bu kişilerin idari işler

⁴³ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022): 83.

⁴⁴ Sabri Coşkun, *Seçim Hukuku*, (Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2004): 2.

⁴⁵ Babanzade, *Hukuk-ı Esasiye*, 136-139.

⁴⁶ Sabiha Zekeriya, "Kadınlar ve İntihabat", *Büyük Mecmua*, S. 14, 30 (Teşrinievvel 1919): 218-219; Ayrıca bkz. B. (yazar kısmında sadece "b." kısaltması vardır) "İngiltere'de Kadınların Hak ve İntihabı", *Resimli Kitab* 9, S. 51, (Teşrinievvel-Şubat 1329): 447-454.

⁴⁷ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasasının Anlamı*, (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1977): 164.

⁴⁸ Seydi Vakkas Toprak, "İlk Osmanlı Seçimleri ve Parlamentosu", 175.

için seçildiğini, mebusların bu üyeler tarafından seçilmesinin seçim hürriyetini ihlal ettiğini belirtmiştir⁴⁹. Tanör de idare meclisi üyelerinin yerel hizmetler amacıyla seçildiğini aynı zamanda bu üyelerin idari hiyerarşiye bağlı olduğunu belirterek bu durumun demokratik seçim ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmiştir⁵⁰. Taşra seçimlerinde sadece İdare Meclisi'ni oluşturan erkek üyeler oy kullanabilmiştir.

İstanbul ve civarında yapılan seçimlerde ise mülk sahibi olan erkekler oy kullanabilmiştir. Çünkü Talimat-ı Muvakkate'ye göre birinci seçmen olabilmek için “*emlaka mutasarrıf olmak*” şartı aranmıştır. 1908 tarihli İntihab-ı Mebusan Kanunu'na göre ise, seçmen olabilmek için devlete az veya çok vergi verme şartı getirilmiştir. Uygulamada vergi ilkesinin kötüye kullanıldığına dair dönemin mebus adayları olan Muhammed Tahir seçim beyannamesindeki kayıt dikkat çekmektedir. Muhammed Tahir, Müslümanların seçim konusunda bilinçsizliğinden yakınmakta ve gayrimüslimlerin ise seçime katılma çaba ve haksız uygulamalarını anlatmaktadır. Malı olmayanlara geçici süre ile birer domuz verilmesi, yaş şartının ihlali ve hayatta olmayanlar adına oy kullanılmasını yapılan usulsüzlük örnekleri olarak saymıştır⁵¹.

Osmanlı uygulamasında sadece erkeklere seçim hakkının tanınması, erkeklerde arasında da vergi ödeme kriteri ve belirli bir servet veya malvarlığına sahip olma şartlarının aranması nedeniyle genel oy ilkesinin hayata geçmediğini söyleyebiliriz. Bunların dışında genel oy ilkesine getirilen yaş, seçmen kütüğüne kaydolma, vatandaş olma gibi makul şartlar genel oy ilkesinden sapma teşkil etmez⁵².

b. Eşit Oy İlkesi

Eşit oy ilkesi, herkesin tek ve eşit oy hakkına sahip olmasıdır. Eşit oy ilkesinde kişilerin statüleri, eğitim ve ekonomik seviyeleri gibi etmenler bu eşitliği bozamaz, tek kişi ancak tek oy kullanabilir⁵³.

Osmanlı seçim hukukunda iki oy kullanma hakkına sahip herhangi bir kişi veya grup yer almamıştır. Oy hakkına sahip her seçmen tek ve eşit oy kullanmıştır. Bu sebeple Osmanlı seçim hukukunda eşit oy ilkesinin var olduğu söylenebilir. İntihab-ı Mebusan Kanunu'nun beşinci faslında mükerrer oy kullanmak seçim suçu olarak düzenlenmiştir. Türkiye'de eşit oy ilkesi 1876 Anayasası'ndan bu yana varlığını sürdürmektedir⁵⁴.

⁴⁹ Armağan, “Türkiye’de Parlamento Seçimleri”, 51.

⁵⁰ Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 154.

⁵¹ Yazıcı, “Osmanlı Devleti’nde Bir Mebus Adayanın Seçim Beyannamesi”, 151-152.

⁵² Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022): 90; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022): 378.

⁵³ Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 378.

⁵⁴ Ümit Güveyi, “Türkiye’de Seçme ve Seçilme Hakkı Boyutunda Yaşanan Demokratikleşme Sürecinin Kısa Tarihçesi ve Bu Süreçte Kadim Türk Kültürünün Rolü”, *TBB*, S. 137 (2018): 54-55.

Osmanlı çağdaşı Batı ülkelerinde belirli şartları haiz kimselere çoğul oy hakkı tanınmasını savunanlar vardır⁵⁵. Aile reisi olmak, belirli oranda vergi vermek, çocuk sahibi olmak, belirli meslek icrası ve eğitim durumu gibi nitelikler çoğul oy hakkı şartları olarak düşünülmüştür. Osmanlı çağdaşı Belçika, İngiltere, ABD, Fransa gibi ülkelerde çoğul oy uygulamaları yapılmıştır⁵⁶.

c. Tek Dereceli Seçim İlkesi

Tek dereceli seçim ilkesi, seçmenlerin temsilcileri aracısız, doğrudan doğruya seçmeleri anlamına gelir. İki dereceli seçim ise birinci seçmenlerin ikinci seçmenleri seçtiği ve ikinci seçmenlerinde milletvekillerini seçtiği sistemdir. Seçmen önce ikinci seçmenleri seçer, ikinci seçmenler ise yeni bir seçimle milletvekillerini seçerler⁵⁷.

1876 Anayasasının 72. maddesine göre seçimler tek dereceli olarak düzenlenmiştir. Buna karşın çeşitli düzenlemelerde ve uygulamada iki dereceli seçim uygulamaları olduğu görülmektedir.

Seçimlere ilişkin Talimat-ı Muvakkate'de açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, 1876 ve 1877 yıllarındaki seçimler iki dereceli olarak gerçekleşmiştir. Taşrada evvelce seçilmiş olan İdare Meclisi üyeleri ikinci seçmen olarak kabul edilmiş ve mebuslar meclis üyelerince seçilmiştir⁵⁸. Aynı dönemde İstanbul ve civarında yapılan seçimlerde ise ikinci seçmenler halk tarafından belirlenmiştir. İkinci seçmenlerin taşrada İdare Meclisi üyeleri tarafından, İstanbul ve civarında ise halk tarafından seçildiği görülmektedir⁵⁹.

1908 tarihli İntihab-ı Mebusan Kanunu seçimlerin iki dereceli olacağı hükümünü getirerek Kanun-ı Esasi'ye aykırı bir düzenleme yapmıştır. Seçmen olma şartlarını taşıyan her 500 birinci seçmen ikinci seçmenleri belirlemiştir. Her seçmen yalnızca bir oy hakkına sahiptir (m. 21). Kanun ikinci seçmenlerin oy hakkının usulünü de düzenlemiştir (m. 45, 46, 47).

1914 seçimlerinde İntihabı Mebusan Kanuna ek olarak 25 Eylül 1328 tarihli Kanun-ı Muvakkat uygulanmıştır⁶⁰. Muvakkat kanun ile ilk defa asker kişilerin oy kullanması yasaklanmıştır. Bunun dışında düzenleme seçimlere ilişkin farklı bir hukuki düzenleme içermemektedir⁶¹.

⁵⁵ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022): 563 vd.

⁵⁶ Babanzade, *Hukuk-ı Esasiye*, 141-142; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 305-306.

⁵⁷ Osman Korkut Kanadoğlu ve Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021): 156.

⁵⁸ Armağan, "Türkiye'de Parlamento Seçimleri", 157-159, Toprak, "İlk Osmanlı Seçimleri ve Parlamantosunu", 174.

⁵⁹ Armağan, "Türkiye'de Parlamento Seçimleri", 160.

⁶⁰ Baykal, "Türkiye'de İlk Seçimler ve Yasal Dayanakları", 201.

⁶¹ Armağan, "Türkiye'de Parlamento Seçimleri", 64.

d. Kişisel Oy İlkesi

Seçmenin oyunu bizzat kendisinin kullanmasını yani kendi eli ile oyunu sandığa atmasını ifade eder. Bu ilkeye göre kişi oyunu bir başkası aracılığıyla kullanamaz⁶². Dersaadet Beyannamesi herkesin bizzat sandık başına giderek oy atması gerektiğini, aynı zamanda oy kullanırken yanında başka bir kişiyi getiremeyeceğini ve bütün oy verme işlemini bizzat yapması gerektiğini vurgulamıştır (m. 12). Bu düzenlemeler bize kural olarak kişisel oy ilkesine uyulduğunu göstermektedir.

İntihab-ı Mebusan Kanunu'nda ise kişisel oy ilkesinin istisnası sayılabilecek bir hüküm yer almıştır. Kanunun 9. maddesinde askere alınan kişilerin İdare Meclisleri aracılığıyla istedikleri bir kişiyi oy vermek üzere vekil tayin edilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenleme Osmanlı'nın çağdaşı Avrupa ülkelerinde yoktur. Ülkelerin büyük çoğunluğunda askerlere oy hakkı tanınmamıştır⁶³. Bu istisna dışında sahte isimle oy vermek, başkası adına oy vermek seçim suçları olarak kanunun beşinci faslında düzenlenmiştir.

İntihab-ı Mebusan Kanunu 40. maddesinde de bizzat oy kullanmanın bir istisnasına yer vermiştir. Buna göre oy kullanmaya gelemeyecek olanlar oy pusulasını mühürleyerek ve mazeretlerini açıklayan bir mektupla Heyet-i Teftişîye başkanına iletmek yoluyla oy kullanabilmişlerdir. Heyet-i Teftişîye'ye mektupla gelen oyların sahiplerini tanıdığı anda oyu kabul etmek, tanımiyorsa oyu reddetmek yetkisi verilmiştir.

1920 tarihli İntihab Hakkında Tebliğ'e göre kişiler ad ve unvanlarını belirterek doğrudan ya da mektupla yazılı olarak oy kullanabilmişlerdir.

e. Gizli Oy, Açık Tasnif İlkesi

Gizli oy en sade hali ile seçmen iradesinin mahremiyetinin sağlanmasıdır. Seçmen dışında kimselerin tercihin ne olduğunu bilmemesini sağlar. Gizli oy ilkesi bu yönüyle kişinin dış baskılardan korunmasını da sağlar. Açık sayım döküm ilkesi ise kullanılan oyların herkesin gözü önünde yetkililerce sayılmasıdır⁶⁴. Osmanlı seçim hukukunda gizli oy ilkesi anayasada ve çeşitli hukuki düzenlemelerde yer almış ve uygulama buna göre gerçekleştirilmiştir. Kanuni Esasi'nin 66. maddesi seçimlerin gizli oy kaidesinde yapılacağını ve uygulamasının özel kanun ile düzenleneceğini belirtmektedir. Dersaadet Beyannamesi de oy verme işleminin nasıl olacağına ilişkin hükümler içermektedir⁶⁵. Beyanname gereği seçmen listesine kayıtlı olan kişilerin gizli oy ilkesine uyarak oylarını kullanacağı; oy verme işleminin yapılma usulü ayrıntılı olarak anlatılmıştır (m. 10).

⁶² Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 308; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2023): 239.

⁶³ Babanzade, *Hukuk-ı Esasiye*, 140.

⁶⁴ Bahar Öngüç, "1912 Seçimleri, Demokratik Seçim İlkeleri Işığında Kısa Bir İnceleme", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Dergisi*, 7, S. 2, (2021), 312-313.

⁶⁵ Kapdan, "Türkiye'de Parlamento Seçimleri ve Yasal Çerçevesi", 39-40.

Osmanlı seçim hukukunda açık tasnif ilkesine uyulmuştur. İdare meclisleri seçtikleri mebusları belirleyip mühürlü bir zarfla kazalarda kaymakama, livalarda mutasarrıfa teslim etmişler. Kaymakam ve mutasarrıflar da bağlı oldukları valiye göndermiş ve Vilayet İdare Meclisleri'nde kurulan 15 kişilik komisyon üyelerinin huzurunda zarflar açılmıştır. Oylar sayılarak mebuslar belirlenmiş ve tüm seçim evrakları Bab-ı Aliye gönderilmiştir (Talimat-ı Muvakkate m. 4). Görüldüğü gibi oy sayma işlemi açık sayım döküm ilkesine riayet edilerek gerçekleştirilmiştir.

İntihab-ı Mebusan Kanunu'nun 51. maddesi oy sayma usulünü düzenlemiştir. Bu düzenleme açık sayım ve döküm ilkesine uygun bir hüküm getirmiştir. Buna göre oyların sandık kurulu huzurunda tek tek açılması ve oy pusulasındaki isimlerin kayıt altına alınması esası benimsenmiştir. Kanunun 59. maddesinde seçmen defterlerinin belediyelerce kopyalanması ve isteyenlere bu kopyaların verilmesi düzenlenmiştir.

1920 yılında yayınlanan İntihab Hakkında Tebliğ'in 6. maddesine göre oylar gizli olarak kullanılacak ve sayımı açık yapılacaktır.

f. Mecburi Oy

Mecburi oy ilkesi, seçmenlerin seçimlere katılma ve oy kullanma konusunda bir tercih hakkının bulunmamasını ifade eder⁶⁶. Oy hakkının görev ya da hak olması anlayışı millî egemenlik-halk egemenliği anlayışının ilkelerine dayanır⁶⁷. Oy hakkının bir hak mı görev mi olduğu, mecburi oy ilkesinin gerekliliği Osmanlı hukukunda da tartışılmıştır. Babanzade İsmail Hakkı oy hakkının bir görev olduğunu savunmuş, kişilerin görevi yapıp yapmamak hususunda serbest olmadıklarını belirtmiştir. Osmanlı çağdaşı ülkelerden Fransa, Belçika, Meksika gibi bazıları oy kullanmanın mecburi olduğunu kanunlarda düzenlemiştir. İtalyan seçim kanununda oy kullanmayanlara ceza verilmesi hükmü yer almıştır⁶⁸.

Türkiye'de mecburi oy ilkesi, ilk kez 1982 Anayasası ile öngörülmüştür, Osmanlı dönemi uygulamasında yer almamıştır⁶⁹. Biraz da bu sebeple olacak ki devrin kaynakları arasında, seçimlerin çok önemli olduğuna ve herkesin bu mesuliyeti yerine getirmesi gerektiğine dair halkı oy kullanmaya teşvik eden çok sayıda makaleye rastlanmıştır⁷⁰. Bu makalelerin hepsinde seçimlerin önemi vurgulanmış, bazı yerlerde insanların "bu vazifeyi ihmal" ettiği ifade edilmiştir. Bu makaleler-

⁶⁶ Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 579.

⁶⁷ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 249.

⁶⁸ Babanzade, *Hukuk-ı Esasiye*, 141.

⁶⁹ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 250.

⁷⁰ Abdurreşid İbrahim, "Mebusan İntihabatı ve Mesuliyet", *İslam Dünyası*, S. 17 (1329-1332-1913/1914): 256-259; Salih Zeki, "Meşrutiyetin Ruhu İntihabdır", *Beyânü'l-Hak* 6, S. 146, (6 Şubat 1327): 2612; Edip Antebi, "İntihâb", *Beyânü'l-Hak* 6, S. 146 (6 Şubat 1327): 2614-2615; Eşref Edip, "İntihabat Münasebetiyle Müslümanlara Vesaya", *Sebilü'r-Reşad*, 1-8, S. 444, (20 Muharrem 1338/ 16 Teşrin-i Evvel 1335): 22-23; Mehmed Alim, "Mebus İntihabatı ve Mesuliyet", *İtisam*, S. 36 (7 Ağustos 1335): 363-364.

de özellikle çeşitli ayet ve hadisler zikredilerek oy vermenin bir “vecibe” olduğu vurgulanmıştır. Mesela Abdurreşid İbrahim, “her çoban güttüğünden mesuldür” hadisi çerçevesinde oy kullanmanın bir sorumluluk olduğunu, “*neme lazım*” diyerek oy kullanmayanların hem Allah hem insanlar nezdinde mesul olacağını ifade etmiştir⁷¹. Edip Antebi ise Allah’ın emaneti ehline vermeyi emrettiğini, “*hakki intihab da bize bir emanettir, vediayi ilahiyedir ve emanetlerin en büyüğüdür*” diyerek Allah için bu sefer oy kullanırken hatıra gönle bakılmamasını, kimseden korkulmamasını, vicdanımızı lekelemememizi istemiş; seçilmesi gereken vekillerin özelliklerini sayarak öylelerini seçmemiz gerektiğini söyleyerek “*sonraki nedamet fayda vermez indallah mesul oluruz*” diyerek sorumluluğa vurgu yapmıştır⁷². Eşref Edip, pek çok ayet zikrederek seçimlerin önemini vurgulamış ve sonuç olarak memleketin kurtulması için el ele verilmesi gerektiğini, mebusların “*menâfi’i din ve vatandan başka bir şey düşünmememiz, mebuslarımızı iman ve ahlaki mübeyyen, irfan ve fazileti vasi’, hamiyet ve seciyesi mücerreb*” kişiler arasında seçilmesini ifade ederek bunun her Müslüman için bir “*farizâi mebrume*” olduğunu ifade etmiştir⁷³. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

g. Serbest Oy ve Seçimlerin Serbestliği İlkesi

Seçimlerin serbestliği ilkesi, vatandaşların hiçbir baskı, zorlama ve tehdit altında kalmadan oy kullanabilmelerini ifade eder⁷⁴. İntihab-ı Mebusan Kanunu’nda oy veren seçmenleri tehdit eden, zor kullanan, işinden atmakla ya da malı, ailesi ve kazancına zarar vermekle tehdit eden kişilere yönelik hapis ve para cezasının uygulanacağı ifade edilmiştir (m. 71). Kanun yalan ve uydurma haberlerle seçimleri bozmaya çalışanlar için de benzer cezalar düzenlemiştir. Kısacası dönemin seçim kanununda düzenlenen seçim suçları ile seçimlerin adil ve özgür bir şekilde gerçekleştirilmesi arzulanmıştır. Aynı zamanda seçim suçlarına ilişkin düzenlemeler seçimlerin serbestliği ilkesinin de hayata geçmesine olanak sağlamıştır. Bununla birlikte dönemin kaynaklarında seçim serbestliği ilkesinin ihlal edildiğine dair iddialara rastlamak mümkündür⁷⁵. Yine bunu konu alan çok sayıda gazete haberi mevcuttur.

Günümüzde ülkeler seçimlerin serbestliğinin sağlamak için farklı tedbirler uygulamaktadır. Seçim günü propaganda yasağı, oy verilen alana seçmenin yalnız olması ve seçmenlere baskı ve telkinde bulunanların cezalandırılması bu tedbirlerden bir kaçıdır.

⁷¹ Abdurreşid İbrahim, “Mebusan İntihabatı ve Mesuliyet”, 259.

⁷² Edip Antebi, “İntihâb”, 2615.

⁷³ Eşref Edip, “İntihabat Münasebetiyle Müslümanlara Vesaya”, 22-23; Ayrıca bkz. Eşref Edip, “Mülâhazat-ı Mütenevvia (Merd-i Rabbanî Cemaatledir, Kabineden Hariç Nazırlar, Ramazan’da Taat ve İntihabat, Hilal-i Osmani ve Mısır)”, Sebülür-Reşad, C. 1-8, S. 26-208, 16 Ramazan 1330/16 Ağustos 1328, 500-501.

⁷⁴ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 312.

⁷⁵ Mesela bkz. Mihriddin Arusi, “Nasıl Bu İdare Altında İdik? İntihabat Facialarından (Kütahya İntihabatı)”, Hikmet, S. 9, 26 Şaban 1330, 27 Temmuz 1328, 9 Ağustos 1911, 1.

h. Seçimlerin Yargı Organlarının Yönetim ve Denetiminde Yapılması İlkesi

Seçimlerin yargı organlarının yönetim ve denetiminde yapılması ilkesi, seçim sürecinin hukuka uygun olup olmadığının bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca denetlenmesi ve uyuşmazlıkların giderilmesi mekanizmasıdır⁷⁶. Osmanlı seçim hukukunda seçimlerin yönetimi ve denetimi konusunda çeşitli önlemler alındığı görülmektedir. 1877 yılında hazırlanan Beyannamenin 5. maddesinde seçimlerin usulüne uygun yapılması ve seçimlere fesad karıştırılmasını önlemek için bir komisyon kurulması zorunlu tutulmuştur. Ancak bu görev doğrudan bir yargı organına verilmemiş, bu görev için özel olarak oluşturulan komisyona⁷⁷ bırakılmıştır.

Talimat-ı Muvakkate'nin 4. maddesinde seçim işlemlerinin denetiminin Şura-yı Devlet tarafından gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Bu görevin bir idari yargı ve danışma organı olan Şura-yı Devlet'e verilmesi, seçimlerin yargı yönetim ve denetiminde yapılması ilkesine uygundur.

İntihabı Mebusan Kanunu seçimlerde birini mebus seçtirmek amacıyla seçmene rüşvet verenler ve bunu kabul edenler başta olmak üzere, seçimlerde oy almak için makam, mevki ve memuriyet gibi devlet hizmeti bahşedenlere hapis ve para cezası yaptırımını getirmiştir (m. 64). Seçim sonuçlarını etkilemeye yönelik oy sandığı ve resmi evrakları çalan ve zarar verenler için de 1-3 yıl arasında hapis cezası öngörülmüştür (m. 65). Sahte isimle oy verenler, seçmen olma şartlarını taşımadığı halde oy kullananlar ve başkası adına oy verenler için de hapis ve para cezası yaptırımları getirilmiştir (m. 63, 64, 65). Kanunun beşinci faslında 61-75. maddeler arasında seçim suçları düzenlenmiştir.

İntihabı Mebusan Kanunu seçimlerin yönetim ve denetimi için Heyet-i Tefitişye kurulmasını öngörmüştür (m. 5). Kanunun üçüncü faslı heyetin oluşmasına ve çalışmasına ilişkin hükümlere sahiptir. Bu hükümlerde seçimlerin usulüne ilişkin köylerde bilgilendirme yapılması, seçim günü kalabalık olmaması için seçmenin programlanması gibi düzenlemeler yer almıştır (m. 26, 27). Kanunun 35. maddesinde mühürsüz oy pusulalarının hile ile sandığa atılması halinde yok sayılacağı belirtilmiştir.

İntihab-ı Mebusan Kanunu sayım sonucunda oyların seçmen sayısından fazla olmasını düzenlemiştir. Bu durumda fazlalık oluşturan oy pusulalarının açılmadan yakılması gerektiği belirtilmiştir (m. 42).

1912 yılındaki seçimler, seçimlerin yönetim ve denetimi hususunda eleştiriler almıştır. 1912 seçiminin denetimi kanunda öngörülen Heyet-i Tefitişye olarak adlandırılan, üst düzey bürokratların oluşturduğu bir kurul tarafından yapılmıştır.

⁷⁶ Güveyi, "Türkiye'de Seçme ve Seçilme Hakkı Boyutunda Yaşanan Demokratikleşme Sürecinin Kısa Tarihçesi ve Bu Süreçte Kadim Türk Kültürünün Rolü", 55.

⁷⁷ Komisyon üyelerinin hangi usulle belirleneceği aynı maddenin devamında düzenlenmiştir. Komisyon bir yargı organı değildir.

Bürokratların seçimin yönetim ve denetiminde görev alması iktidar partisi lehine, muhalefet aleyhine bir durum ortaya çıkarmıştır⁷⁸. Bu genel seçim literatürde “sopalı ve dayaklı seçim” olarak adlandırılmıştır⁷⁹.

B. OSMANLI SEÇİM SİSTEMİ

Seçim sistemleri “oyların milletvekilliklerine dönüştürülmesinde kullanılan teknik usullerdir⁸⁰.” Çoğunluk sistemi ve nispi temsil sistemi olarak iki temel seçim sistemi söz konusudur⁸¹. Çoğunluk sisteminde oyların çoğunu alan aday ya da parti aday listesi seçilmiş olur. Nispi temsil sistemi ise her partinin aldığı oy oranında mecliste temsiline imkân veren sistemdir⁸².

Kanun-ı Esasi’de seçim sistemine dair doğrudan düzenleme yoktur. Seçime ilişkin Talimat-ı Muvakkate’de ise çoğunluk anlamındaki ekseriyet kelimesi kullanılmış ve eşitlik halinde kura çekileceği belirtilmiştir. Kura basit çoğunluk uygulanan hallerde çözüm olmaktadır⁸³. 1877 ile 1919 yılları arasında yapılan seçimlerde basit çoğunluk sistemi uygulanmıştır. İlk seçimlerde uygulanan Talimat-ı Muvakkate’ye göre seçimler iki dereceli ve tek turlu⁸⁴ bir seçim sistemi ile yapılmıştır.

Talimat-ı Muvakkate’de İstanbul’a ilişkin seçim sistemini düzenleyen 6. maddede İstanbul’un 20 daireye ayrılması ve her daireden iki mebusun seçilmesi kabul edilmiştir.

Osmanlı seçimleri günümüzde il karşılığı sayılabilecek sancak birimine göre yapılmıştır. 1908 seçimlerinde vilayetlerde her sancak bir seçim dairesi ve her nahiyede bir seçim şubesi kabul edilmiştir. Uygulamanın dayanağı İntihab-ı Mebusan Kanunnamesi’nin 1. maddesidir. Bu maddede her bir nahiyenin seçim şubesi olması, nahije kurulmayan yerlerde köylerin birleştirilerek geçici şubeler oluşturulması düzenlenmiştir.

Osmanlı Devleti’nde yapılan 1877 yılı seçimleri hariç diğer tüm seçimler yani 1908, 1912, 1914, 1919 ve 1920 seçimleri İntihab-ı Mebusan Kanunun hükümlerine göre ve iki dereceli olarak yapılmıştır⁸⁵. İki dereceli seçim sisteminde seçimler iki

⁷⁸ Bilgin Çelik, “Osmanlı Avrupası’nda Seçim Deneyimleri 1908 ve 1912 Osmanlı Mebusan Meclisi Seçimleri”, II. Uluslararası Balkan Sempozyumu: Balkanlar’da Osmanlı Mirası ve Defter-i Hakani, Karadağ, 1-4 Mayıs 2014, 541-564.

⁷⁹ İhsan Güneş, “1912 Seçimleri ve Eskişehir’de Meydana Gelen Olaylar”, *Bellekten* 56, S. 216 (1992): 481.

⁸⁰ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 273, Tanör-Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 243.

⁸¹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukuk Genel Esasları*, 315.

⁸² Gözler, *Anayasa Hukuk Genel Esasları*, 315 vd.; Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 634 vd.; Şeref İba, *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021): 161 vd.; Hikmet Sami Türk, “Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih”, *Anayasa Yargısı* 22, S. 1 (2006): 75 vd.

⁸³ Armağan, “Türkiye’de Parlamento Seçimleri”, 57.

⁸⁴ Tek turlu seçim, seçim çevresinde en çok oyu alan adayın veya partinin bütün adaylarının seçimi kazanmasını ifade eder.

⁸⁵ Güneş, “1912 Seçimleri ve Eskişehir’de Meydana Gelen Olaylar”, 465.

aşamalı olarak yapılmakta, her iki aşamada da çoğunluk sistemi esas alınmaktadır. 1908, 1912, 1914 ve 1919 yıllarında yapılan seçimlerde iki dereceli basit çoğunluk sistemi, 1920 seçimlerinde ise iki dereceli mutlak çoğunluk sistemi uygulanmıştır⁸⁶.

1908 İntihab-ı Mebusan Kanunu'nda her 500 seçmen ikinci seçmenleri belirlemiştir. Seçim çevreleri ikinci seçmenleri seçebilecek şekilde seçim çevrelerine ayrılmıştır.

III. OSMANLI DEVLETİ'NDE SİYASİ PARTİLER, GENEL VE YEREL SEÇİMLER

Bu başlık altında siyasi partiler, genel seçimler ve yerel seçimler konuları ele alınmıştır.

A. OSMANLI DEVLETİ'NDE SİYASİ PARTİLER

Osmanlıda ilk siyasi örgütlenmeler azınlıklar tarafından bağımsızlık amacıyla kurulmuştur. 1876 öncesinde parlamento söz konusu olmadığından Türklerin kurduğu siyasi örgütler de gizli şekilde faaliyet yürütmüştür. 1876 Anayasası ile dernek kurma hakkı tanınmadığından siyasi örgütler faaliyetlerini yine gizli yürütmek zorunda kalmışlardır⁸⁷.

Anayasada dernek kurma hürriyeti 1909 yılında 120. maddede yapılan değişiklik ile tanınmıştır. Hukuken bu özgürlük tanınmadan 1908 yılında ilk partili seçimler gerçekleşmiştir. Bu seçimlere Ahrar Fırkası ile İttihat ve Terakki Fırkası katılmıştır. İntihab-ı Mebusan Kanunu hükümlerince yapılan ilk seçimin 1877 seçimlerinden en önemli farkı siyasi partilerin de seçimlere katılmasıdır. 1909 yılından itibaren Hürriyet-perver Fırkası, Osmanlı Demokrat Fırkası, Ahali Fırkası, Hürriyet ve İtilaf Fırkası gibi partiler kurulmuştur. İttihat ve Terakki Partisi'nin 1913 yılında diğer partileri kapatması ile tek parti yönetimi başlamıştır⁸⁸. İkinci Meşrutiyet döneminde 1908-1912 yılları arasında çok partili hayat varken, sonrasında tek parti rejimi yaşanmıştır⁸⁹.

Osmanlıda siyasi partilere ilişkin hukuki çerçeve 1909 tarihli Cemiyetler Kanunu ile belirlenmiştir. Kanuna göre cemiyet kurulması için ruhsat veya izin gerekli değildir. Yani siyasi partilerin izin alınmadan kurulması mümkündür. Ancak herhangi bir cemiyetin millî olmaması, kavim esasına dayanmaması ve gizli olmaması gerektiği şeklinde kısıtlamalar yapılmıştır⁹⁰.

⁸⁶ Özdemir-Nişancı, "Türkiye'de ve Dünyada Seçim Kavramı ve Olgusunun Gelişimi", 90.

⁸⁷ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 316.

⁸⁸ Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970), 69. Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Partiler I*, (İstanbul: Hürriyet Vakfı Yayınları, 1988), 12-13.

⁸⁹ Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Partiler I*, 7; İlber Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, 71 vd.

⁹⁰ İlhan F. Akın, "Dernek Kurma Özgürlüğü", *İÜHF*, 32, S. 2-4 (1996): 478; Mehmet Kahraman -Zekeriyâ Çalışkan, "Türkiye'de Siyasal Partilerin Hukuksal Statüsü ve Siyasal Partilerin Kapatılması Rejimi", *Fırat Üniversitesi Doğu Araştırmaları Dergisi* 5, S. 3 (2007): 123.

B. OSMANLI DEVLETİNDE GENEL SEÇİMLER (MEBUSLARIN SEÇİMİ)

1. Genel Olarak

Genel seçim anlamında “seçim” kavramı ilk olarak 1876 Anayasası ile getirilmiştir. Osmanlı Mebusan Meclisi seçimlerine ilişkin ilk anayasal düzenleme 23 Aralık 1876 tarihli Kanun-ı Esasi’de yer almıştır.

Kanun-ı Esasi’nin “Heyet-i Mebusan” başlıklı 65 ila 80. maddeleri arasında seçimlere ilişkin düzenlemeler yer almıştır⁹¹. Seçimlerin dört yılda bir yapılacağı 69. maddede düzenlenmiştir. Genel seçimlere Heyet-i Mebusan’ın toplanma tarihi olan Kasım ayından en az dört ay önce başlanacağı 70. maddede hükme bağlanmıştır. Padişahın Heyet-i Mebusan’ı feshetmesi halinde altı ay içerisinde seçimlerin yenileneceği belirtilmiştir (m. 73).

I. Meşrutiyet dönemi içinde yapılan 1876-1877 yılındaki seçimler Talimat-ı Muvakkate ve Beyanname hükümlerine göre yapılırken, II. Meşrutiyet dönemi seçimleri ise İntihab-ı Mebusan Kanunu çerçevesinde yapılmıştır⁹².

Kanun-ı Esasi’nin 65. maddesine göre Heyet-i Mebusan’ın üye sayısı belirli değildir. Her elli bin erkek nüfusa karşılık bir mebus seçilmesi hükme bağlanmıştır. Aynı düzenleme İntihab-ı Mebusan Kanunu’nun 2. maddesinde de yer almıştır. Talimat-ı Muvakkate’de Heyet-i Mebusan’ın üye sayısının en az 120 olacağı belirtilmiştir. Meclis-i Mebusan İçin Dersaadet ve Vilayetlerden İntihab Olunacak Azanın Adedini Gösteren Cetvel ise İstanbul’dan 10, diğer vilayetlerden 120 olmak üzere 130 üye seçilmesini benimsemiştir⁹³. Boşalan mebusluk görevleri için ara seçimler yapılmıştır⁹⁴.

İkinci Meşrutiyet döneminde dört yasama dönemi vardır. 1908-1912 arası 1. dönem, 1912 yılında 2. dönem, 1914-1918 arası 3. dönem ve 1920 yılında 4. dönem gerçekleşmiştir. Sadece 1. yasama dönemi çok partili dönemdir⁹⁵.

2. Mebusların Hukuki Statüsü

Mebus seçilme yeterliliğine ilişkin hüküm Kanun-ı Esasi’nin 68. maddesidir. Bu hükme göre Osmanlı vatandaşı olmayan, özel hüküm gereği yabancı hizmetinde bulunan, otuz yaşını doldurmamış olan, seçim sırasında bir kimsenin emri

⁹¹ Kanun-ı Esasi, Düstur, Tertip: 1 Cilt: 4, 4-20.

⁹² İntihab-ı Mebusan Kanunu’nda değişiklik yapılması zaman zaman gündeme gelmiştir. Özellikle seçim sistemi tartışmaları 1919 yılında yoğunlaşmış, azınlıkların nisbi temsil talebi üzerine konu kamuoyunda tartışılmıştır. Taha Niyazi Karaca, *Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2004), 55-57.

⁹³ Bekir Sıtkı Baykal, “Birinci Meşrutiyete Dair Belgeler”, 613-614; Kayalı, “Elections and the Electoral Process in the Ottoman Empire, 1876-1919”, 267.

⁹⁴ 1908-1912 yılları arasında boşalan 44 mebusluktan 43’ü için ara seçim yapılmış; boşalan San’a mebusluğuna yeniden seçim yapılmamıştır. Ara seçim sebepleri başka görevlere atanma, istifa, ölüm ve mebusluğun düşmesi gibi sebeplerdir. Kenan Olgun, “Osmanlı Meclis-i Mebusanı’nda Ara Seçimler (1908-1912 Dönemi)”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 28, S. 82 (2012), 8-9.

⁹⁵ Tunaya, *Türkiye’de Siyasal Partiler I*, 7.

altında bulunan, iflas etmiş olan, kötü şöhrete sahip olan, haciz altında olan, medeni haklara ehliyeti olmayan, yabancı vatandaşlık iddiasında bulunan, dört sene sonra yapılacak seçimlerde Türkçe bilmeyen kişilerin mebusluğa seçilemeyecekleri kabul edilmiştir. 1916 yılında Kanun-i Esasi'nin 7'nci maddesinde yapılan bir değişiklikle seçilme vasıflarına sahip her Osmanlı'nın mebus seçileceğini düzenlemiştir⁹⁶. Ayrıca 72. madde hükmü mebusun seçildiği seçim dairesinin halkından olmasını şart koşmuştur. Anayasanın 69. maddesi tekrar seçilmeye izin vermiştir.

İntihab-ı Mebusan Kanunu'nda mebus seçilme yeterliliğine ilişkin Kanun-ı Esasi ile aynı şartlara yer verilmiştir. Mebusların görev süresi dört yıl olarak düzenlenmiş ve tekrar seçilmek mümkün kılınmıştır (m. 17). 1876-1877 seçimlerinde uygulanmak üzere çıkarılan Talimat-ı Muvakkate'nin 3. maddesine göre mebusların halk arasında iyi bilinen, resmi dil olan Türkçeye vakıf olan, yirmi beş yaşını tamamlamış, cinayet ve siyasi suçtan mahkumiyeti olmayan, az çok mülkü olan Osmanlı vatandaşları arasından seçilmesi gereklidir.

Anayasanın 74. maddesi mebusluğun sona ermesini düzenlemiştir. Buna göre mebuslardan birinin vefatı, kısıtlanması, uzun süreli devamsızlığı, istifası, mahkumiyeti, memuriyete başlaması hallerinde mebusluk görevi sona ermektedir. Görevi sona eren mebusun yerine sonraki toplantıya yetişmek üzere yenisinin belirtilen usulle atanacağı belirtilmiştir. Dersaadet Beyannamesi'nde istifa veya herhangi bir sebeple mebusluğun boşalması durumunda, kendisinden sonra en çok oy almış kişinin atanacağı düzenlenmiştir (m. 14). Yeni atanan mebusun görev süresi sonraki seçime kadardır (m. 75). İntihab-ı Mebusan Kanunu'nun 76. maddesinde Heyet-i Mebusan tarafından seçildiği onaylanan mebusun mebusluğunun, mahkeme kararı ile seçimlere fesat karıştırıldığı ortaya çıksa bile sona ermeyeceği kabul edilmiştir. Ancak mahkemenin mebus seçilme yeterliliğinin ortadan kalktığına ilişkin kararı durumunda mebusluk sıfatı kaybedilecektir. Kanunun 78. maddesinde milletvekilliğinin düşmesi ve sona erme halleri yer almıştır.

Kanun-ı Esasi, bütün milletin temsili ilkesine yer vermiştir. Anayasanın 71. maddesi mebusların kendini seçen dairenin değil, bütün Osmanlıların vekili olduğunu düzenlemiştir. Aynı esas Talimat-ı Muvakkate'nin 3. maddesinde yer almıştır.

Kanun-ı Esasi'nin 67. maddesinde yasama bağdaşmazlığı ve uyumsuzluğuna ilişkin bir hüküm yer almıştır. Buna göre Heyet-i Mebusan üyeliği ile hükümet memuriyeti bir kişi üzerinde birleşmeyecektir. Mebusluğa seçilen memurun iki görevden birini tercih etmesi gerekli görülmüş, mebusluğu tercih etmesi durumunda memuriyetinin sona ereceği belirtilmiştir. Ancak bakanların mebus olarak seçilmesi

⁹⁶ Düstur, 1332, 754; Baykal, "Türkiye'de İlk Seçimler ve Yasal Dayanakları", 192-193. Mebus seçilme şartlarına sahip her Osmanlı'nın mebus seçilebileceği teorisi uygulamada gerçekleşmiştir. Mebusan Meclisi taşra vilayet meclislerinin seçtiği üyelere oluşmuş, yerli eşraf ve orta sınıf mebus seçilmişlerdir. Kemal H. Karpat, *Türk Demokrasi Tarihi*, (İstanbul: Timaş Yayınları, 2016), 44; Olgun, "Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nda Ara Seçimler (1908-1912 Dönemi)", 4.

bu hükmün istisnasıdır. Bakanların mebus seçilmesine izin verilmiştir. Mebusluğun memuriyetle bağdaşmadığı Talimat-ı Muvakkate'nin 3. maddesinde yer almıştır.

Mebusların dokunulmazlığına ilişkin hüküm Kanun-ı Esasi'nin 79. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir mebus, Heyet-i Mebusan'ın soruşturulmasına yeterli delil bulunduğuna çoğunluk halinde karar vermedikçe veya suçüstü halinde yakalanmadıkça tutuklanamaz ve yargılanamaz.

Mebusların mali statüsüne ilişkin hükümler de anayasada yer almıştır. Mebuslara hazineден yıllık yirmi bin, aylık beş bin kuruş verileceği belirtilmiştir. Ayrıca mülkiye memurlarına ilişkin hükümlere göre harcırah ödenmesi düzenlenmiştir (m. 76). Anayasadan önce düzenlenmiş Talimat-ı Muvakkate, mebuslara aylık üç bin kuruş ve taşradan gelenlere ayrıca harcırah verilmesini düzenlemiştir (m. 7).

C. OSMANLI DEVLETİ'NDE YEREL SEÇİMLER

Osmanlı siyasal hayatında, genel seçimlerde halkın oy kullanması 1876 Anayasası ile hayata geçirilmiştir. Ancak yerel seçimler açısından muhassıl meclislerine yapılan üye seçimlerinin daha eski tarihlere dayandığı görülmektedir.

II. Mahmut zamanında “Muhtarlık Teşkilatı” kurulmuş ve muhtarlar halk tarafından seçimle belirlenmiştir⁹⁷. Yerel seçimler için 1833 yılından itibaren yapılmaya başlayan muhtarlık seçimleri temel olarak kabul edilir⁹⁸. Muhtarlık seçimlerine ilişkin bölgesel düzenlemeler yapıldığı ve seçim usulünün düzenlendiği görülmektedir⁹⁹. Osmanlı Devleti'nde XIX. yüzyılın yarısına kadar köyde muhtarlık görevini imamlar yerine getirmiştir. İlk muhtarlık teşkilatı 1829 yılında İstanbul'da kurulmuştur¹⁰⁰. Yerel yönetim seçimlerine ilişkin birtakım düzenlemeler içeren Vilayet Nizamnamesi 7 Kasım 1864 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁰¹. Mahalli demokrasinin pek çok Avrupa ülkesinden önce Osmanlı ülkesinde tatbik olunması dikkat çekicidir¹⁰².

1864 tarihli Vilayet Nizamnamesinde liva ve kazalarda seçimle oluşturulan belediye meclislerinin bulunması hükmü vardır. Ancak belediye meclisine ilişkin

⁹⁷ Musa Çadircı, “Türkiye’de Muhtarlık Teşkilatının Kurulması Üzerine Bir İnceleme”, *Bellefen* 34, S. 135 (1970): 409-420.

⁹⁸ Turan Şener - Nezihe Ölkü Eren, “Türkiye’de Seçim Sistemleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Kamu Yönetimi Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi* 2, S. 2 (2022): 54.

⁹⁹ Girit Vilayetinde muhtar seçimine ilişkin düzenleme yapıldığı ve halkın dilekçelerle bu sürece dahil olduğu görülmektedir. Mehmet Aykanat, *Osmanlı Hukukunda Dilekçe Hakkı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020): 269.

¹⁰⁰ Mehmet Süme, “Osmanlı Devleti’nde Taşrada Muhtarlık Teşkilatının Kuruluşu: Bolu Örneği”, *Karadeniz Araştırmaları Enstitüsü Dergisi* 8, S. 14 (2022): 93.

¹⁰¹ Tayfun Çınar, 1876-1914 Osmanlı Meclisi Mebusanı’nda Seçim Kanunları ve Tartışmaları, (Sivas: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022): 11.

¹⁰² Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, 148.

seçim hükmü uygulamaya konulamamıştır. II. Meşrutiyet döneminde İstanbul'da ilk belediye seçiminin yapılması düşünülmüş ancak gerçekleştirilmemiştir¹⁰³. Özerk belediyeler ve seçimle gelen yöneticiler Osmanlı hukukunda hiç yer almamıştır¹⁰⁴. 1877'de çıkarılan Vilayet Belediye Kanunu'na göre belediye başkanını halk tarafından belirlenen belediye meclisi üyeleri seçmiştir¹⁰⁵.

IV. SONUÇ

Seçimler demokrasilerin vazgeçilmez unsuru olarak tüm dünyada önem verilen ve geliştirilmeye çalışılan kurumlardır. Hukuk tarihi farklı milletlerin tecrübelerini yansıtan seçim örneklerine sahiptir. Seçimlerin dünyada ortaya çıkması ve gelişmesi Türk hukuk tarihinde Osmanlı dönemine rastlamaktadır. Osmanlı seçim hukukunu incelemek, seçim hukukunun başlangıçtan günümüze gelişimini incelemek demektir.

Seçimler üç ana unsurdan oluşmaktadır. Bu unsurlar seçmen, kime oy verileceği ve adayın nasıl seçileceği ya da seçimde uygulanan kurallar olarak zikredilebilir. Egemenliği kullanma yöntemi olan demokrasinin varlığı için başka unsurların yanı sıra seçimler olmazsa olmaz bir unsurdur. Günümüzde pek çok ülke seçimlere yer vermektedir ancak tek başına seçimlerin varlığı yeterli değildir. Seçimlerin yapılması ve sonuçlandırılması da demokratik özellikler arz etmelidir. Seçimlerin varlığı kadar uygulanma biçimleri de büyük bir öneme sahiptir. Bu çalışmada demokratik seçimler için gerekli olan genel ilkeler ile oy hakkının şartları çerçevesinde Osmanlı dönemi seçimleri inceleme konusu yapılmıştır. Osmanlı seçim mevzuatı hükümleri evrensel seçim ilkeleri bağlamında değerlendirilmiştir. Dönemin seçim uygulamalarına yer verilmemiştir bu konu kapsamının genişliği ayrıca ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

Osmanlı seçim hukukunun, güncel seçim hukuku perspektifinden ele alınması, seçimlerin ortaya çıktığı dönemle günümüz arasında karşılaştırma imkânı vermiştir. Osmanlıların Kanun-ı Esasi ve temel seçim kanunları ile dönemin ihtiyaçlarını karşılayan ve günümüze oldukça yaklaşmış bir sistem oluşturduğu görülmüştür. Bazı ilke ve kurallar bakımından gelişmeler yaşanmış, bazı ilke ve kurallar ise günümüz uygulama seviyesine ilk seçimlerden itibaren ulaşmıştır.

Osmanlı seçim hukukunun yeterince araştırılmamış olması, bu alanda temel kaynaklara başvurulmasını zorunlu kılmıştır. Osmanlı döneminde halkın seçimle ilk tanışması 1840 yılında sancaklarda kurulan Muhassıllık Meclisleri ile olmuştur. Osmanlı İmparatorluğundaki seçme ve seçilmeye ilişkin ilk temel düzenleme

¹⁰³ İlber Ortaylı, "Belediye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (Ankara: TDV Yayınları, 1992): 400-401.

¹⁰⁴ Abdullah İslamoğlu, *Osmanlı Devleti'nde Modern Belediyenin Hukuksal Açısından Kurumsallaşması*, (İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012): 2.

¹⁰⁵ Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, 199.

1876 Anayasası ile yapılmıştır. 1876/1877 talimat-ı muvakkati ile ilk genel seçimler gerçekleştirilmiştir. İlk seçim kanunu ile seçimlere ilişkin daha kapsamlı bir düzenleme ortaya konularak 1908 sonra genel seçimler yapılmıştır. Seçimlere ilişkin ayrıntılı diğer hükümler ise talimat ve beyannameler aracılığı ile düzenlenmiştir.

Osmanlı seçim uygulamalarındaki yasal düzenlemeler ile bu düzenlemelerde yer alan hükümlerin genel anlamda günümüzdeki seçim yasalarıyla paralellik arz ettiğini söyleyebiliriz. Özellikle seçim uygulamaları genel işleyişle benzerlik göstermektedir. Seçmen listelerinin askıya çıkarılması, sandık güvenliğinin sağlanması, oy verme işlemi ve bu sırada uyulması gereken kurallar günümüz seçim uygulamaları ile örtüşmektedir. Bu çerçevede Osmanlıda seçim hukukuna ilişkin ihtiyacı karşılayacak temel düzenlemelerin yapıldığı ve hatta bu düzenlemelerin bazı konularda çağdaş devletleri aşarak günümüz düzenlemelerine yaklaştığı ifade edilmelidir.

Bu çalışmada Osmanlı seçim hukukunun genel çerçevesi çizilmeye çalışılmış ve mevzuat hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılmıştır. Dolayısıyla bu konunun uygulama örnekleriyle desteklenerek, çalışmanın alt başlıklarının daha geniş araştırmalara konu edilmesi Osmanlı seçim hukuku ve uygulamasının bir bütün halinde ortaya konulması bakımından önemlidir. Nitekim dönemin kaynakları arasında seçimleri ele alan çok sayıda makale, gazete haberi mevcuttur. Dönemin yazarlarının sadece Osmanlı seçimlerini değil diğer ülkelerdeki seçimleri de takip ettiklerini ve bunlarla alakalı makaleler kaleme aldıkları ifade edilmelidir¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Mesela Mehmed Rauf, Amerika ve Fransa seçimlerini iki farklı makalede ayrıntılı olarak incelemiştir. Bkz. Mehmed Rauf, "Amerika'da İntihabat", *Resimli Kitab* 1, S. 4, (Kanunuevvel 1324): 338-345; Mehmed Rauf, "Fransa'da İntihabat, Fark-ı Siyasiyye", *Resimli Kitab* 4, S. 20 (Mayıs 1326): 686-695; Yine Eşref Edip Mısır, Hindistan, Irak seçimlerini konu alan makalelerini *Sebilü'r-Reşad*'da yayınlamıştır.

KAYNAKÇA

- Acar, Kadir. “Osmanlı’da Taşra Meclislerinin Mülki ve Hukuki Görevlerinin Ayrılması”, *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 2, S. 2 (2015): 1-15.
- Akgündüz, Ahmet. *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2011.
- Akın, İlhan F. “Dernek Kurma Özgürlüğü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 32, S. 2-4 (1966): 474-486.
- Akın, Rıdvan. *Türk Siyasal Tarihi 1908-2000*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010.
- Akyıldız, Ali. “Meclis-i Ayan”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Erişim Tarihi: Şubat 10, 2023. <https://islamansiklopedisi.org.tr>.
- Aldıkaçtı, Orhan. *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970.
- Alim, Mehmed. “Mebus İntihabatı ve Mesuliyet”, *İtisam*, S. 36 (7 Ağustos 1335): 363-364.
- Alkan, Mehmet. “Osmanlıdan Günümüze Seçimlerin Kısa Tarihi”, *Görüş Dergisi*, S. 48 (1999): 48-61.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Antebi, Edip. “İntihâb”, *Beyânü'l-Hak* 6, S. 146 (6 Şubat 1327): 2614-2615.
- Armağan, Servet. “Türkiye’de Parlamento Seçimleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 33, S. 3-4 (1967): 45-100.
- Arsal, Sadri Maksud. *Türk Tarihi ve Hukuk*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2014.
- Arslan, Cezmi ve Olgun, Kenan. 1876’dan 1950’ye İstanbul’un Seçim Tarihi, “Büyük İstanbul Tarihi”, <https://istanbultarihi.ist/>, Erişim Tarihi: Şubat 10, 2023.
- Arusi, Mihridin. “Nasıl Bu İdare Altında İdik? İntihabat Facialarından (Kütahya İntihabatı)”, *Hikmet*, S. 9, 26 Şaban 1330, 27 Temmuz 1328, 9 Ağustos 1911, s. 1.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Atlas Akademi, 2021.
- Aykanat, Mehmet. *Osmanlı Hukukunda Dilekçe Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- B. (yazar kısmında sadece “b.” kısaltması vardır) “İngiltere’de Kadınların Hak ve İntihabı”, *Resimli Kitab* 9, S. 51, (Teşrinivevvel-Şubat 1329): 447-454.
- Babanzade İsmail Hakkı. *Hukuk-ı Esasiye*. Ankara: Erguvani Yayınevi, 2014.
- Başgil, Ali Fuat. *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1946.
- Baykal, Bekir Sıtkı, “Birinci Meşrutiyete Dair Belgeler”, *Belleten* 25, S. 96 (1960): 609-631.
- Baykal, Tan. “Türkiye’de İlk Seçimler ve Yasal Dayanakları”, *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi* 7, S. 2 (2018): 190-205.
- Cin, Halil ve Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Coşkun, Sabri. *Seçim Hukuku*. Ankara: Mahalli idareler Derneği Yayını, 2004.
- Çadircı, Musa. “Osmanlı Devrindeki Halk Oyununun Yönetimdeki Yeri”, *Özgür İnsan*, S. 3 (1972): 25-27.

- Çadırcı, Musa. “Türkiye’de Kaza Yönetimi (1840-1876)”, *Belleten* 53, S. 206 (1989): 237-258.
- Çadırcı, Musa. “Türkiye’de Muhtarlık Teşkilatının Kurulması Üzerine Bir İnceleme”, *Belleten*, Ankara: 34, S. 135 (1970): 409-420.
- Çelik, Bilgin, “Osmanlı Avrupası’nda Seçim Deneyimleri 1908 ve 1912 Osmanlı Mebusan Meclisi Seçimleri”, II. Uluslararası Balkan Sempozyumu: Balkanlar’da Osmanlı Mirası ve Defter-i Hakani, Karadağ, 1-4 Mayıs 2014.
- Çınar, Tayfun. *1876-1914 Osmanlı Meclisi Mebusanı’nda Seçim Kanunları ve Tartışmaları*. Sivas: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022.
- Edip, Eşref. “İntihabat Münasebetiyle Müslümanlara Vesaya”, *Sebilü’r-Reşad* 1-8, S. 444, (20 Muharrem 1338/ 16 Teşrin-i Evvel 1335): 22-23.
- Edib, Eşref. “Mülâhazat-ı Mütenevvia (Merd-i Rabbanî Cemaatledir, Kabineden Hariç Nazırlar, Ramazanda Taat ve İntihabat, Hilal-i Osmani ve Mısır)”, *Sebilü’r-Reşad*, C. 1-8, S. 26-208, 16 Ramazan 1330/ 16 Ağustos 1328, s. 500-501.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Hukukun Serüveni*. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2011.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku*, İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2010.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Eroğul, Cem. *Anatüzeğe Giriş*. Ankara: İmaj Yayıncılık, 2000.
- Gençoğlu, Mustafa. “1864 ve 1871 Vilayet Nizamnamelerine Göre Osmanlı Taşra İdarisinde Yeniden Yapılanma”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 2, S. 1(2011): 29-50.
- Gökbayır, Satılmış. “Gizli Bir Cemiyetten İktidara: Osmanlı İttihat ve Terakki Cemiyeti’nin 1908 Seçimleri Siyasi Programı”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 3, S. 1 (2012): 61-96.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2017.
- Güneş, İhsan. “1912 Seçimleri ve Eskişehir’de Meydana Gelen Olaylar”, *Belleten* 56, S. 216 (1992), 459-482.
- Güveyi, Ümit. “Türkiye’de Seçme ve Seçilme Hakkı Boyutunda Yaşanan Demokratikleşme Sürecinin Kısa Tarihçesi ve Bu Süreçte Kadim Türk Kültürünün Rolü”, *TBBĐ*, S. 137 (2018): 37-66.
- İba, Şeref. *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- İbrahim, Abdurresid. “Mebusan İntihabatı ve Mesuliyet”, *İslam Dünyası*, S. 17 (1329-1332-1913/1914): 256-259.
- İslamoğlu, Abdullah. *Osmanlı Devleti’nde Modern Belediyenin Hukuksal Açısından Kurumsallaşması*, İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012.
- Kahraman, Mehmet ve Çalışkan, Zekeriya. “Türkiye’de Siyasal Partilerin Hukuksal Stütüsü ve Siyasal Partilerin Kapatılması Rejimi”, *Fırat Üniversitesi Doğu Araştırmaları Dergisi* 5, S. 3 (2007): 122-131.

- Kanadoğlu, Osman Korkut ve Duygun, Ahmet Mert. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021.
- Kapar, M. Ali. “İslam’da Bey’at (Seçim Usulü)”, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 4 (1991): 73-83.
- Kapdan, Melike Ayşe. *Türkiye’de Parlamento Seçimleri ve Yasal Çerçevesi*. İstanbul: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019.
- Karaca, Taha Niyazi. *Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2004.
- Karaca, Taha Niyazi. *Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2004.
- Karaman, Dursun. *Seçim Hukuku ve Uygulaması*, Ankara: Seçkin Yayınları 2011.
- Karpat, Kemal H. *Türk Demokrasi Tarihi*. İstanbul: Timaş Yayınları, 2016.
- Karsandık Yazıcı, Özlem. “Osmanlı Devleti’nde Bir Mebus Adayının Seçim Beyannamesi”, *Çanakkale araştırmaları Türk Yıllığı* 19, S. 31 (2021): 143-161.
- Kayalı, Hasan. “Elections and the Electoral Process in the Ottoman Empire, 1876-1919”, *International Journal of Middle East Studies* 27, No. 3 (Aug. 1995): 265-286.
- Kılıç, Selda, “1876 Meclis-i Mebusanı ve Seçim Hazırlıkları”, *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S. 30 (2011): 27-40.
- Kızıltan, Yılmaz. “I. Meşrutiyetin İlanı ve İlk Osmanlı Meclis-i Mebusan’ı”, *GÜ, Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi* 26, S. 1 (2006): 251-272.
- Küçükbaşçı, Mustafa Sabri, Satan Ali ve Macit, Abdulkadir. Editör, *Geçmişten Günümüze Hilafet*. İstanbul: İlem Yayınları, 2019.
- Okandan, Recai G. *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1951.
- Olgun, Kenan. “Osmanlı Meclis-i Mebusanı’nda Ara Seçimler (1908-1912 Dönemi)”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 28, S. 82, (2012): 1-24.
- Ortaylı, İlber. “Belediye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları 1992.
- Ortaylı, İlber. *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*. İstanbul: Hil Yayınları, 1987.
- Ortaylı, İlber. *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri (1840-1880)*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2018.
- Öngüç, Bahar. “1912 Seçimleri, Demokratik Seçim İlkeleri Işığında Kısa Bir İnceleme”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Dergisi* 7, S. 2, (2021): 307-323.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Özdemir, Abdülkadir ve Nişancı Şükrü. “Türkiye’de ve Dünyada Seçim Kavramı ve Olgusunun Gelişimi”, *Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 46 (2009): 73-96.
- Rauf, Mehmed. “Amerika’da İntihabat”, *Resimli Kitab* 1, S. 4, (Kanunuevvel 1324): 338-345.
- Rauf, Mehmed. “Fransa’da İntihabat, Fark-ı Siyasiyye”, *Resimli Kitab* 4, S. 20 (Mayıs 1326): 686-695.

- Sancaktar, Fatih Mehmet. *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Anayasa, Seçim ve Meclis Tecrübesi*. İstanbul: Ötüken Yayınları 2021.
- Soysal, Mümtaz. *100 Soruda Anayasanın Anlamı*. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1977.
- Süme, Mehmet. "Osmanlı Devleti'nde Taşrada Muhtarlık Teşkilatının Kuruluşu: Bolu Örneği", *Karadeniz Araştırmaları Enstitüsü Dergisi* 8, S. 14 (2022): 93-108.
- Şener, Turan ve Eren, Nezihe Ülkü. "Türkiye'de Seçim Sistemleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Kamu Yönetimi Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi* 2, S. 2 (2022): 45-68.
- Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi. *Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2023.
- Tanör, Bülent. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2017.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2005.
- Toprak, Seydi Vakkas. "İlk Osmanlı Seçimleri ve Parlamentosu", *Sosyoloji Dergisi* 3, S. 26 (2013): 171-192.
- Tunaya, Tarık Zafer. *Türkiye'de Siyasal Partiler*. İstanbul: Hürriyet Vakfı Yayınları, 1988.
- Türk, Hikmet Sami. "Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih", *Anayasa Yargısı* 22, S. 1 (2006): 75-113.
- Uca, Alaattin. "Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimlerinde Yayımlanan Bir Talimatname ve Düşündürdükleri" 8, S. 73 (2021): 2116-2129.
- Üçok, Coşkun, Mumcu, Ahmet ve Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Yılmaz, Özgür. "Tanzimat Döneminde Osmanlı Taşra İdare Meclisleri" (1840-1871), *History Studies International Journal of History* 6, S. 6 (2014): 235-280.
- Zekeriya, Sabiha. "Kadınlar ve İntihabat", *Büyük Mecmua*, S. 14, 30 Teşrinievvel 1919, s. 218-219.
- Zeki, Salih. "Meşrutiyetin Ruhu İntihabdır", *Beyânü'l-Hak* 6, S. 146, (6 Şubat 1327): 2612.

VERGİ USUL KANUNU'NUN 359'UNCU MADDESİNDE DÜZENLENEN SAHTE VEYA MUHTEVİYATI İTİBARIYLA YANILTICI BELGE DÜZENLEME VEYA KULLANMA SURETİYLE KAÇAKÇILIK SUÇU^(*)

Tahsin TORUNOĞLU^(**)

Öz

Daha az vergi ödemek ya da hiç ödememek veya kayıt dışı gelir edebilmek için sahte veya muhteviyati itibariyle yanıltıcı belge düzenlenebildiği veya düzenlenen bu belgelerin kullanılabilirdiği uygulamada sıklıkla karşılaşılan durumlardır. Sahte veya muhteviyati itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak fiilleri Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde kaçakçılık suçu olarak düzenlenmiştir.

Bu suç, her ne kadar Vergi Kanunu'nda düzenlenmişse de atılı suçun işlenip işlenmediği, işlendiyse verilecek cezanın tayini işi asliye ceza mahkemelerine aittir. Bu yüzden söz konusu suçun değerlendirilmesi, diğer suçlardan farklı olmayacaktır. Başka bir deyişle bir suç olarak kaçakçılık suçunun da kanuni unsur, hukuka aykırılık unsuru, manevi unsur ve maddi unsur gibi suçun unsurları vardır. Benzer şekilde iştirak, teşebbüs ve içtima gibi suçun özel görünüş şekilleri bulunmaktadır. Ancak suçun, vergi ile bağlantısının bir sonucu olarak Vergi Usul Kanunu'ndaki ve diğer vergi kanunlarındaki gerek vergi suçuyla gerekse vergi aslı ve vergi kabahatiyle bağlantılı diğer sonuçlarının da dikkate alınmasının gerekli olduğu unutulmamalıdır. Özellikle Vergi Usul Kanunu'nun 367'nci maddesinin ilk fıkrasındaki düzenlemeye göre kaçakçılık suçu bakımından vergi dairesinin mütalaa bir dava şartı olup mütalaa verilmeyen bir fiil hakkında yargılama yapılamayacaktır. Bunun dışında kaçakçılık suçunun işlendiğinin sabit hale gelmesi halinde üç kat vergi ziyaı cezasının kesilmesi, matrahın re'sen tarhi, (özel) usulsüzlük cezalarının kesilmesi, tarhiyat öncesi ve sonrası uzlaşmadan yararlanamama ve KDV indirimlerinin reddi gibi hürriyeti bağlayıcı cezaya ek olarak uygulanan vergi aslı ve kabahatiyle bağlantılı diğer sonuçları da bulunmaktadır.

Ayrıca Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesine bakılacak olursa, sahte veya muhteviyati itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma fiili dışında, suçun oluşumuna sebebiyet veren pek çok fiile yer verildiği görülecektir. Yani, maddede belirtilen fiillerden birinin yapılması halinde kaçakçılık suçunun maddi unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Bu bakımdan bunlara, sanki bağımsız birer suçmuş gibi sahte veya muhteviyati itibariyle yanıltıcı belge suçları demek yerine, sahte veya muhteviyati itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık suçları demek daha uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler

Sahte Belge, Muhteviyati İtibariyle Yanıltıcı Belge, Vergi, Suç, Mütalaa.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 19.09.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 16.10.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1362819.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi / Antalya, Türkiye.
E-posta: tahsin@tahsintorunoglu.av.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9959-4088>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

SMUGGLING CRIME BY ISSUING OR USING FAKE OR MISLEADING DOCUMENTS PROVIDED IN ARTICLE 359 OF THE TAX PROCEDURE LAW

Abstract

In order to pay less tax or not pay at all, or to generate unregistered income, it is frequently encountered in practice that forged or misleading documents can be prepared or these issued documents can be used. The acts of preparing or using fake or misleading documents in terms of their content are regulated as smuggling offenses in Article 359 of the Tax Procedure Law.

Although this crime is regulated in the Tax Procedure Law, it is up to the criminal courts of first instance to determine whether the alleged crime has been committed, and if so, the penalty to be imposed. Therefore, the evaluation of the crime in question will not be different from other crimes. In other words, the crime of smuggling as a crime has elements of the crime such as legal element, illegal element, moral element and material element. Similarly, there are special appearance forms of crime such as participation, attempt and gathering. However, it should not be forgotten that, as a result of the connection of the crime with the tax, it is necessary to take into account the other consequences in the Tax Procedure Law and other tax laws related to both the tax crime and the tax base and tax misdemeanor. In particular, according to the regulation in the first paragraph of Article 367 of the Tax Procedure Law, the opinion of the tax office is a condition of action in terms of smuggling, and no judgment can be made about an act that has not been given an opinion. Apart from this, if it is proven that the crime of smuggling has been committed, the penalty of triple tax loss, the self-determination of the tax base, the imposition of (special) irregularity penalties, the inability to benefit from reconciliation before and after the determination of the tax base, and the refusal of VAT deductions are applied in addition to the original tax and misdemeanor. There are other results as well.

In addition, if we look at Article 359 of the Tax Procedure Law, it will be seen that there are many acts that cause the formation of the crime, apart from the act of issuing or using forged or misleading documents in terms of their content. In other words, if one of the acts specified in the article is committed, the material element of the crime of smuggling will be revealed. In this respect, it would be more appropriate to call them smuggling crimes by issuing or using forged or misleading documents in terms of their content, rather than as if they were an independent crime.

Keywords

Forged Document, Misleading Document in Terms of Content, Tax, Crime, Opinion.

Extended Abstract

Taxpayers or non-taxpayers may turn to the informal economy for the purposes of receiving commissions, gaining unfair profits, lowering the tax base, not paying taxes or paying less tax, or hiding the taxable event from the tax administration.

The ways and methods used in the realization of the informal economy and the informal economy may cause the weakening of the financial authority, the deterioration of the book and document order and even its collapse.

In this respect, the crime and penalty of "Smuggling" has been regulated in Article 359 of the Tax Procedure Law in order to prevent the informal economy and to re-establish the corruption of the document order.

The acts of issuing or using forged or misleading documents due to their content are the types of acts that serve this purpose and are included in the aforementioned article 359 of the Tax Procedure Law. Here, the subject of this study is the acts of issuing or using forged or misleading documents in terms of their content.

Smuggling crimes by issuing or using forged or misleading documents are not administrative offenses. On the contrary, although these are regulated in the Tax Procedure Law, which is a special law, they are in the nature of tax crimes and the general provisions of the Turkish Penal Code will also be applied to them.

After it is determined that the smuggling acts by issuing or using forged or misleading documents due to their content are found to be of a criminal nature, an examination in terms of its elements will not differ from any type of crime. The crime of smuggling as a crime has elements of the crime such as legal element, illegal element, moral element and material element. Similarly, there are special appearance forms of crime such as participation, attempt and gathering.

In terms of its content, a misleading document is a document that reflects this treatment or situation in an untrue way in terms of nature or amount, although it is based on a real transaction or situation. A forged document is a document that is prepared as if there is real transaction or situation.

Documents that are required to be issued and submitted in the Tax Procedure Law are special documents. Although the crime of forgery in private documents is regulated in Article 207 of the Turkish Penal Code, Article 359 of the Tax Procedure Law, which brings more detailed regulations on tax fraud, should be applied. Likewise, since both the Tax Procedure Law and the Turkish Penal Code are regulated, it is not possible to apply both provisions together in accordance with Article 212 of the Turkish Penal Code.

According to Article 367 of the Tax Procedure Law, the opinion of the relevant report evaluation commission must be obtained in order to file a criminal case for smuggling (VUK art. 367). The *opitur dictum* clause is also a prosecution condition. In the event that suspicions about smuggling have been committed within the scope of an investigation, the relevant tax office should be informed of the situation and a tax inspection should be requested to see if there is any smuggling act (VUK art. 367/2). Until the answer is received, the opening of a public lawsuit will be postponed (VUK art. 367/3). The judge, who realizes that the opinion condition has not been fulfilled, should be investigated from the relevant tax office whether the case condition has been fulfilled, with or without a decision to stop.

Apart from this, if it is proven that the crime of smuggling has been committed, the penalty of triple tax loss, the self-determination of the tax base, the imposition of (special) irregularity penalties, the inability to benefit from reconciliation before and after the determination of the tax base, and the refusal of VAT deductions are applied in addition to the original tax and misdemeanor. There are other results as well.

GİRİŞ

Vergi mükellefleri, vergi sorumluları veya vergi mükellef olmayan kişiler, komisyon almak, haksız kazanç sağlamak, vergi matrahını düşürmek, vergi ödememek ya da daha az vergi ödemek veya vergiyi doğuran olayı vergi idaresinden saklamak gibi amaçlarla kayıt dışı ekonomiye yönelebilmektedir¹.

Kayıt dışı ekonomi ise, devlet gelirlerinin tahsil edilemeyerek azalması bakımından devletle; serbest piyasa ekonomisinde haksız rekabete yol açması bakımından özel sektörle ve sosyal adaletsizliğe neden olması bakımından da toplumla ilgili olarak sorunlara neden olmaktadır².

Kayıt dışı ekonomi ve kayıt dışı ekonominin gerçekleştirilmesinde kullanılan yol ve yöntemler, mali otoritenin zayıflamasına, defter ve belge düzeninin bozulmasına ve hatta çökmesine neden olabilecektir.

Bunu önlemek için Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde yer alan defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapılması, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açılması, defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına ka-

¹ Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Açıklamalı İçtihatlı Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2002), 222; Serkan Açar, "Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları", *TBB Dergisi*, S. 3 (2005): 285; Abdullah Köşşekoğlu, "Vergi Usul Kanunu'nun 359/b Maddesinde Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu", *Adalet Dergisi*, (2011): 11.

² Burhan Ögütü, "Vergi İnceleme Raporu ve Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge", *İstanbul Barosu Dergisi Özel Sayısı*, (2008): 125; Abdullah Köşşekoğlu, "Vergi Kaçakçılığı Suçu", 2.

yıt edilmesi, defter, kayıt ve belgelerin tahrif edilmesi, vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgelerin yok edilmesi, defter sahifelerinin yok edilmesi, yerine başka yapraklar koyulması veya hiç yaprak koyulmaması, Vergi Usul Kanunu'nun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basılması veya bilerek kullanılması, Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde, ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldıran, donanım veya yazılımını değiştiren veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engelleyen, cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştiren veya silen, ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesinin önlenilmesi veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verilmesi gibi fillerin vergi kaçakçılığı suçuna sebebiyet veren haller olarak düzenlendiği görülecektir.

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde vergi kaçakçılığı fiili olarak, bu sayılanlar dışında, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak fiilleri de düzenlenmiştir. Sahte belge, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge olarak; muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge ise gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge olarak tanımlanmıştır.

İşte, uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve kayıt dışı ekonomiye sebebiyet verdiği gibi belge düzeninin de bozulmasına sebep olan sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma suretiyle kaçakçılık suçu iş bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Çalışma hakkındaki bu girişin ardından, inceleme konusu fiillerin Vergi Usul Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'ndaki yeri incelendikten sonra, suç tipleri hakkında yapılan incelemelerde olduğu gibi suçun unsuları, faili ve suçun gerçekleşme tarihi konusunda bilgi verilecektir. Bunun gibi suçun özel görünüş biçimlerinden iştirak, teşebbüs ve içtima konuları ele alınacaktır. Devamında Vergi Usul Kanunu'nun 367'nci maddesi kaçakçılık suçlarının kovuşturulması konusunda özel bir dava şartı olan "mütalaa" hakkındaki açıklamaların ardından dava ve ceza zaman aşımı konularından bahsedilecektir. En sonunda varılan sonuç ile çalışma sonlandırılacaktır.

I. SAHTE VEYA MUHTEVİYATI İTİBARIYLA YANILTICI BELGE KULLANMA VEYA DÜZENLEME SURETİYLE KAÇAKÇILIK SUÇUNUN MEVZUATTAKİ YERİ

A. VERGİ USUL KANUNU'NDAKİ YERİ

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'ndaki ceza hükümleri, aynı başlık altında kanunun dördüncü kitabında yer almakta olup bunun, genel esaslar alt başlıklı birinci kısmı ile vergi cezaları alt başlıklı ikinci kısım birinci bölümünde vergi ziyai kabahati ve cezası (VUK m. 341, 344³) ve ikinci bölümünde ise usulsüzlük (VUK m. 352⁴) kabahati ve cezaları düzenlenmiştir.

Vergi Usul Kanunu'nun 352'nci maddesinde düzenlenen şekliyle usulsüzlük fiilleri de, ihlal edilen şekle ve usule ilişkin hükümlerin önemine göre 1'inci derece ve 2'inci derece usulsüzlük olarak ikiye ayrılmıştır.

Usulsüzlük fiilleri bu şekilde düzenlenmekle birlikte, kanun koyucunun ayrı bir önem verdiği bazı şekle ve usule aykırılıklar, Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü ve devam eden maddelerde özel usulsüzlük olarak tanımlanmıştır⁵.

Sonuçta Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen vergi ziyai, usulsüzlük ve özel usulsüzlük fiilleri birer kabahattirler. Belirtilen kabahatlerin varlığı, ceza mahkemelerince değil; vergi idaresince tespit edilerek yaptırım kararı verilmektedir⁶. Bu yönüyle, bunlara, suçlara uygulanan cezaların uygulanması mümkün değildir.

Vergi Usul Kanunu'ndaki suçlar ise, suçlar ve cezaları alt başlıklı üçüncü bölümde yer alan düzenlemelerdir. Bunlar, 359'uncu maddede yer alan kaçakçılık suçları ve cezaları; 362'nci maddedeki vergi mahremiyetinin ihlali ve 363'üncü maddedeki mükellefin özel işlerini yapma suçlarıdır⁷.

B. TÜRK CEZA KANUNU İÇERİSİNDEKİ YERİ

Bahsedildiği üzere kaçakçılık suçu ve cezası, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Vergi ziyai, usulsüzlük ve özel usulsüzlük gibi vergisel kabahatlerin tespiti ve yaptırım uygulanması vergi idaresine aitken, kaçakçılık suçunun tespiti ile cezanın uygulanması ceza mahkemelerinin görevidir.

³ Vergi Usul Kanunu'nun 341'inci maddesine göre vergi ziyai, vergi mükellefinin veya sorumlusunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk etmesi sebebiyle vergi kaybının oluşmasıdır.

⁴ Yine, Vergi Usul Kanunu'nun 341'inci maddesine göre usulsüzlük ise, vergi kanunlarının şekle ve usule ilişkin hükümlerine riayet edilmemesi olarak tanımlanmıştır.

⁵ Bu özel usulsüzlük hallerini düzenleyen maddeler ve kenar başlıkları şu şekildedir: VUK m. 353, "Fatura ve benzeri evrak verilmemesi ve alınmaması ile diğer şekil ve usul hükümlerine uyulmaması"; VUK m. 354, "Damga vergisinde".

⁶ Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınları, 2013), 114.

⁷ Aziz Taşdelen, *Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 8 vd.

Zaten madde düzenlemesine bakıldığında fiillere karşılık getirilen “onsekiz aydan beş yıla kadar hapis”, “üç yıldan sekiz yıla kadar hapis” ya da “iki yıldan sekiz yıla kadar hapis” gibi cezaların verilmesine vergi idaresinin karar veremeyeceği tartışmasızdır. Herhalde kaçakçılık suçunu işlediği sabit olanlar hakkında hükmolunacak hapis cezasının ceza mahkemelerince verilmesi gerekir. Bu yönüyle kaçakçılık fiilleri gibi vergi mahremiyetinin ihlali ve mükellefin özel işlerini yapma fiilleri de suç mahiyetindedir⁸.

Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma fiillerini de yapılan bu açıklamalardan farklı düşünmek mümkün değildir. Çünkü bu fiiller, Vergi Usul Kanunu içerisinde düzenlenmiş bağımsız suç tipleri olmayıp Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçunun oluşumuna sebebiyet veren hareketlerdendir. Suçun, Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu maddesinin a-2 bendinde tanımlı muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge ile veya b bendinde tanımlı sahte belge ile gerçekleştirilmesi halinde de yine kaçakçılık suçu işlenmiş olacaktır. Bu yönüyle bunlara, sanki bağımsız bir suçmuş gibi sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge suçları demek yerine, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık suçları demek daha uygundur.

Neticede sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık suçlarının birer idari kabahat olmadığı bellidir. Bundandır ki her ne kadar özel kanun nitelikli Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiş de olsalar, Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümlerinin bunlar hakkında da uygulanması zorunludur (TCK m. 5).

Zaten Vergi Usul Kanunu’nda yer alan bazı hükümlere bakıldığında, bunların suç olma özelliğine uygun düzenlemelerin getirildiği rahatlıkla fark edilmektedir. Özellikle Vergi Usul Kanunu’nun 360’uncü maddesine bakıldığında, kaçakçılık suçunun işlenişine iştirak eden suç ortaklarının menfaatlerinin bulunmaması halinde uygulanacak indirim oranının Türk Ceza Kanunu’nun iştirak hükümleri uyarınca bulunacak cezanın yarısı oranında olacağı düzenlenmiştir.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. GENEL OLARAK

Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık fiillerinin suç mahiyetinde olduğu tespit edildikten sonra, unsurları yönünden yapılacak bir irdeleme de herhangi bir suç tipinden farklılık arz etmeyecektir.

⁸ Yusuf Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 80.

B. KANUNİ UNSUR

Kanuni unsur, kanun tarafından hangi davranışın yasaklanarak suç olarak cezalandırıldığıının gösterilmesidir⁹.

Kaçakçılık suçunun düzenlendiği Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin a-2 bendinde muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge; b bendinde ise sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık suçunun kanuni unsuru tanımlanmıştır. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte, bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı bir şekilde yansıtan belge, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge olarak kabul edilmişken; sahte belge ise gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge olarak düzenlenmiştir.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık unsuru, ceza normunda belirtilen emir ve yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılığı ifade eder¹⁰. Herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması halinde fiilin hukuka aykırı olduğundan bahsedilemez. Bu bağlamda öğretilerde bazı yazarlar tarafından, vergi mükellefinin, ekonomik, siyasi veya sosyal sebeplerle iflas tehlikesinden kurtulmak için kaçakçılık fiillerini işlemesi halinde zorunluluk halinin mevcut olmasından ötürü faile ceza verilmemesi gerektiği savunulmuştur¹¹.

D. MANEVİ UNSUR

Gerek sahte gerekse muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık suçlarında herhangi bir özel kast aranmış değildir. Suçların oluşabilmesi için genel kastın varlığı yeterlidir. Hatta doktrinde bunun için özel bir düzenleme yapılmamış olsa bile, kast unsurunun her durumda aranacağı söylenilmiştir¹².

4369 sayılı Kanun ile değişmeden önce kaçakçılık suçunun düzenlendiği Vergi Usul Kanunu'nun 344'üncü maddesinde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenen belgelerin bilerek kullanılması aranmaktaydı. Değişiklik sonrası, maddenin yeni haliyle yer aldığı Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu

⁹ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2005), 178.

¹⁰ Timur Demirbaş, *Genel Ceza*, 178.

¹¹ Abdullah Köşşekoğlu, "Vergi Kaçakçılığı Suçu", 45; Yusuf Karakoç, *Vergi Ceza*, 300.

¹² Bekir Baykara, "Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2023, http://www.bekirbaykara.av.tr/dosya/pdf/Vergi_Kacaciliginda_Kast_Kaldirildi_mi_1209.pdf; M. Kamil Mutluer, *Vergi Genel Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006), 305; Şükrü Kızılot ve Zuhal Kızılot, *Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları*, (Ankara: Yaklaşım Yayınları), 525; Ercan Sarıcaoğlu, *Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*, (Ankara: Adalet Yayınevi), 210; Mehmet Yüce, *Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü*, (Ankara: Adalet Yayınevi), 40-41; Ali Çakmakçı ve Semra Köseer, *Vergi Kaçakçılık Suçları*, 183-184; Burak Aslanpınar, *TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları*, (Ankara: Seçkin Yayınları), 124-125; Seda Yağmur Sümer, "Kanunilik İkesi Bağlamında Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçlarının Manevi Unsur". *Ankara Barosu Dergisi*, S. 81 1(2023): 164.

maddesinde “bilerek” ibaresine yer verilmiş değildir. Hatta değişiklik sonrasında “bilerek” ibaresine yer verilmemesinden ötürü, objektif sorumluluk halinin getirildiği dahi söylenmiştir. Ancak, “bilerek” ibaresinin yer almaması, bir objektif sorumluluk halinin getirildiği şekilde yorumlanamaz. “Bilerek” ibaresi yer almasa bile genel kastın uygulanması gerekli ve yeterlidir¹³. Farklı bir yorum şekliyle, çağdaş ceza hukukunun esas tuttuğu kusur sorumluluğunun aksini kabul edecek bir sebep yoktur¹⁴. Zaten 18/06/2001 tarih ve 306 sıra no.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği¹⁵ ile de, “bilerek” ibaresinin kaldırılmış olmasının fiilin kasten işlenebilir olma özelliğini değiştirmedeği ve suçun işlenmesinde genel kastın aranacağı açıkça düzenlemiştir.

Bilerek ibaresinin kaldırılmış olması, suçun genel kastla işlenebilme özelliğini kaldırmamakla birlikte, ispat yükü bakımından bir değişikliğe sebep olduğu söylenebilir. Bilerek ibaresi kaldırılmadan önce, suçun işlendiğinden bahsedebilmek için vergi idaresince hem belgenin niteliğinin hem de bu belgenin bilerek kullanılmış olduğunun ispatı gerekirdi. Şimdi ise sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin düzenlenmesi veya kullanılmış olması yeterli hale gelmiştir¹⁶.

E. MADDİ UNSUR

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin a-2 bendine göre gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı bir şekilde yansıtan belgenin düzenlenmesi veya kullanılması ile suç tamamlanacaktır. Başka bir deyişle muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgede nicelik yönünden (fiyat, miktar, ölçü vb.) ya da nitelik (cins, tür vb.) yönünden değişiklik yapılması söz konusudur¹⁷.

Anlaşılabileceği üzere muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelenin hukuksal biçimi ile gerçek mahiyeti arasında bilinçli bir değişiklik yaratılmaktadır. Bilinçli bir şekilde yapılan bu değişikliklerin, peçeleme işlemi¹⁸ olduğu kabul edilmektedir¹⁹. Ayrıca kanun metninde, sadece

¹³ Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 225; Serkan Açar, “Yanıltıcı Belge”, 281; Abdullah Köşşekoğlu, “Vergi Kaçakçılığı Suçu”, 14; Mehmet Taştan, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçu”, *Adalet Dergisi* (2014): 213.

¹⁴ Mualla Öncel; Nami Çağan ve Ahmet Kumrulu, *Vergi Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2000), 214.

¹⁵ 18/06/2002 tarih ve 24789 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁶ Turgut Candan, *Vergi Suçları ve Cezaları*, (İstanbul: Süryay Yayınları, 2004), 96.

¹⁷ Mehmet Taştan, “Yanıltıcı Belge”, 208.

¹⁸ Mükelleflerin, vergi kanunlarının, özel hukukun kalıp, kılık ve biçimlerine göre tanımladığı vergiyi doğuran olayın iktisadi sonuçlarından kaçınmak amacıyla özel hukukun, vergiyi doğuran olayı tam olarak kapsamadığı başka bir kalıp, kılık ve biçimini kullanmalarına peçeleme işlemi denilmektedir. Bkz. Selim Kaneti, Erişim Tarihi: Nisan 26, 2023, <http://www.vergidunyasi.com.tr/arsiv/makaleler/vergi-hukukunda-ekonomik-yaklasim-ilkesi>.

¹⁹ Turgut Candan, *Vergi Suçları*, 89.

belgenin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı düzenlenmesi gerektiğinden bahsedildiğinden, defterlerin yanıltıcı olarak düzenlenmesi bu kapsamda değildir²⁰.

Sahte belgede²¹ ise gerçek bir muamele ya da durum olmadığı halde, belgenin bunlar varmış gibi düzenlenmesi veya/veya kullanılması ile suç tamamlanmış olacaktır²².

Satıcının, başka bir vergi mükellefinin faturasını kullanması örneğinde olduğu gibi muamele veya durum gerçek olsa bile, işlemin tarafları farklı olduğu için muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeden değil; sahte belgeden söz edilecektir²³.

Düzenleme veya kullanma fiillerinden birinin gerçekleşmiş olması yeterlidir. Türk Ceza Kanunu'nun 207'nci maddesinde düzenlenen özel belgede sahtecilik suçunda olduğu gibi düzenleme veya kullanmanın bir arada bulunması, suçun tamamlanması bakımından şart değildir. Tam tersine düzenleme veya kullanma fiilleri ile birbirine dönüşmeyen ayrı ve bağımsız suçlar oluşmaktadır²⁴.

Aslında her ne kadar düzenleme veya kullanma, tek başına suçun tamamlanması bakımından yeterli görünse de, taraflardan biri tarafından kullanılmadığı (defterlere kayıt edilerek beyanname verilmediği) sürece suç oluşmamalıdır. Çünkü bu belgeler, defter ve kayıtlara intikal etmedikçe vergi hukuku bakımından herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz²⁵. Bu durumda şartlar mevcutsa, usulsüzlük-özel usulsüzlük cezaları ya da TCK'daki belgede sahtecilik suçlarına ilişkin cezaların uygulanması düşünülebilir.

Düzenlemek veya kullanmak fiilleri ile suç tamamlanacağından, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçı-

²⁰ Mehmet Taştan, "Yanıltıcı Belge", 211.

²¹ Uygulamada hem sahte hem de muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge için naylon fatura tabirinin kullanıldığı; oysa, naylon faturanın, sadece sahte faturayı ifade ettiğine ilişkin bkz. Burhan Öğütçü, "Vergi İnceleme Raporu", 131; ayrıca bkz. Oğuz Kürşat Ünal, "Sahte Fatura", 2; Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza*, 283.

²² "...saniğin, Ağustos/2000 dönemi katma değer vergisi iadesi için, düzenleyerek kullandığı 2000 takvim yılına ait 11 adet müstahsil makbuzunun bir kısmını gerçek bir mal karşılığı olmaksızın sahte, bir kısmını ise tutarını fazla göstermek suretiyle muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge olarak düzenlediği, iddia, vergi suçu ve inceleme raporları, tanık beyanları, Vergi Denetmeni ... tarafından düzenlenen ve sanık tarafından da imzalanan 26.06.2001 tarihli tutanak ile tüm dosya kapsamıyla sabit olduğu halde yazılı şekilde beraatine hükmolunması..."- Y11.CD, 20/02/2006, E. 2003/8846 K. 2006/1007.

²³ Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 315; Burhan Öğütçü, "Vergi İnceleme Raporu", 130; Mehmet Taştan, "Yanıltıcı Belge", 212.

²⁴ "... vergi suçu raporu ile ...nın "2003, 2004, 2005, 2006, takvim yıllarında sahte fatura düzenlemek" suçundan verdiği mütalaaya uygun olarak ... Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 15.02.2008 gün ve ... Esas sayılı iddianamesi ile sanıkların "2005, 2006 takvim yıllarında sahte fatura düzenlemek" suçundan cezalandırılmasının talep edildiği gibi birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olan "sahte fatura düzenlemek" ve "sahte fatura kullanmak" suçlarının birbirine dönüşmeyeceği de gözetilmeden, iddianame dışına çıkılmak suretiyle dava konusu yapılmayan "sahte fatura kullanmak" suçundan hangi takvim yılına ilişkin karar verildiği de belirtilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması..."-Y21.CD, 25/04/2016, E. 2016/2719 K. 2016/3719.

²⁵ Burhan Öğütçü, "Vergi İnceleme Raporu", 131.

lık suçu, ani suç kategorisine girmektedir. Bu özelliğinden ötürü, yani hareketin yapılması ile suç tamamlanmış olacağından aynı zamanda şekli/neticesiz suçlardandır²⁶.

Dikkat edileceği üzere, kanun metninde düzenlemek veya kullanmak dışında herhangi bir “vergi kaybı” da aranmış olmadığından, suç aynı zamanda tehlike suçu mahiyetindedir. Oysa 4369 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik öncesi, kaçakçılık suçunun düzenlendiği Vergi Usul Kanunu’nun 344’üncü maddesinde, suçun oluşabilmesi “vergi kaybı” şartına bağlanmıştır. Ne var ki Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu maddesinde yeni haliyle düzenlenen sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık suçlarında herhangi bir “vergi kaybı” şartı aranmış değildir. Ancak “vergi kaybı” şartının arandığı durumlar da yok değildir. Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu maddesinin a-1 bendinde, defterlere kaydı gereken hesap ve işlemlerin “vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde” tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenlerin cezalandırılabilmesi için açıkça vergi kaybının varlığı aranmıştır.

Sahte belge düzenleme fiilleri bakımından aslın sahte olarak düzenlenmesi ile suç tamamlanacaktır. Sahtecilik, tamamen ya da kısmen gerçekleşebilir.

Tamamen sahtecilik, gerçekte hiç olmayan bir vergi olayının varmış gibi belgede gösterilmesidir.

Kısmi sahtecilikte ise, gerçek ve gerçek olmayan muamele ya da durumların aynı belgede bir arada gösterilmesi ile mümkündür. Kısmen sahte olan belgede, gerçek olmayan veya mahiyet ve miktar yönünden yanıltıcı olma niteliğini aşan bir sahtelik söz konusudur²⁷. Olmayan bir aslın suretinin düzenlenmesi ya da aslına uygun olmayan bir belgenin düzenlenmesi fiilleri de belgenin sahte olduğu anlamına gelmektedir.

Her ne kadar belge, sahte olarak düzenlenmişse de, belgenin vergisel işlemlerde kullanılmak üzere düzenlenmiş olması lazımdır²⁸. Vergisel işlemlerde, kullanılmak üzere hazırlanmamış bir belge, VUK’nun 359’uncu maddesinin b bendi anlamında sahte belge niteline sahip olmayacaktır. Yine, kanuni tanımda “gerçek bir muamele ya da durum olmamasına rağmen; bunu, mahiyet ya da miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan” şartı arandığından taraflar arasında herhangi bir mal veya hizmet ilişkisinin varlığı halinde düzenlenen belge sahte belge kabul edilmeyecektir. Taraflar arasında mal veya hizmet ilişkisi varsa ve düzenledikleri belgenin içeriği mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe gerçeği yansıtmıyorsa, bu halde muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin varlığından söz edilecektir (VUK m. 359/a-2).

²⁶ Benzer açıklamalar için bkz. Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 228; Serkan Ağar, “Yanıltıcı Belge”, 283.

²⁷ Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 224; Serkan Ağar, “Yanıltıcı Belge”, 288; Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, (Bursa: Ekin Yayınları, 2008): 284; Mehmet Taştan, “Yanıltıcı Belge”, 223.

²⁸ Serkan Ağar, “Yanıltıcı Belge”, 287; Abdullah Köşşekoğlu, “Vergi Kaçakçılığı Suçu”, 10.

Bunun gibi sahte olarak düzenlenen belgenin, kanunun aradığı zorunlu bilgileri ihtiva etmesi gerekmektedir. Özellikle Vergi Usul Kanunu'nun 227'nci maddenin üçüncü fıkrasında belgelerin öngörülen zorunlu bilgileri içermemesi halinde bu belgelerin, vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş²⁹ sayılacağı kabul edildiğinden, öngörülen zorunlu bilgileri ihtiva etmeyen bir belge, hiç düzenlenmemiş sayılacağı gibi böyle bir belge, sahte belge düzenleme suretiyle kaçakçılık suçunun da konusunu oluşturmayacaktır³⁰. Doktrinde de konuya yaklaşım bu yöndedir.

Yargıtay da kaçakçılık suçu bakımından Vergi Usul Kanunu'nun 230'uncu maddesi ile Hazine ve Maliye Bakanlığı'na getirilen zorunlu unsurları taşıması gerektiği görüşündedir. Başka bir deyişle Yargıtay'a göre suça konu fatura, Vergi Usul Kanunu'nun 227'nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca zorunlu unsurları taşınamaması sebebiyle hiç düzenlenmemiş sayılmalıdır. Yerleşik Yargıtay kararları bu yönde ilerlemiş olsa da bazı kararlarda yer alan görüşe göre suçun maddi konusu olarak faturanın kendisi değil, içeriği kabul edilmiştir. Yani ele geçen faturanın, gerçek bir ticari ilişkiye dayanmaması hali yeterli kabul edilmiştir. Bunun tespiti bakımından da faturanın zorunlu unsurları taşıyıp taşımadığına bakılmamalıdır. Ancak bize göre de ilk görüş daha isabetlidir. Çünkü sahte belge düzenlenmesindeki temel amaç, bazı ekonomik avantajlar elde etmektir. Bunun için önce belgenin sahte olarak düzenlenmesi ve vergisel işlemlerde kullanılması gerekir. Vergisel işlemlerde kullanılması ise faturanın usulünce düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Usulünce düzenlenmemiş olmasına sebebiyle vergisel işlemlerde kullanılmayan faturanın ise sahte fatura kullanmak suretiyle vergi kaçakçılığı suçunu oluşturduğundan söz edilemez³¹. Böyle bir durumda olsa olsa Türk Ceza

²⁹ Danıştay'ın, esasa etkili olmayan eksikliklerin düzenlenmemiş sayılma sonucunu doğurmayaçağına ilişkin kararları bulunmaktadır: "Sevke konu emtianın irsaliyeye miktar itibarıyla noksan yazılması, irsaliyenin düzenlenmemiş sayılmasını gerektirmeyeceği ve bu eylem işyeri kapatma cezasına dayanak alınamayacağından işyeri kapatma cezasının kaldırılması yolundaki ısrar kararında hukuka aykırılık görülmemiştir." (DVDDK, 12/11/1999, E. 1999/2, K. 1999/482).

³⁰ Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 223; Serkan Ağar, "Yanılıcı Belge", 385.

³¹ Aksi görüş için bkz. "... Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin üçüncü fıkrasının gerekçesine göre, bu Kanun'da yer alan belgelerin sağlıklı düzenlenmesini amaçlayan kanun koyucunun, aynı Kanun'daki kaçakçılık suçunu işleyen veya işleyecek faillerden suçta kullanacağı belgeleri sağlıklı düzenlemesini beklemeyeceğinin açık olması, aynı maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda 23.11.1988 tarihli 29'uncu Birleşiminde görüldüğü sırada söz alan, dönemin Tunceli Milletvekili ...'in "bir faturada tarihin yazılmaması, numarasının yazılmaması, mükellefin adresinin yanlış veya eksik yazılması, o belgeyi hiç düzenlenmemiş anlamında anlamıyorum ben burada. Onun, alınan mal miktarının olmaması, yapılan hizmet miktarının olmaması veya hut da buna benzer, o belgenin ne kadar bir hizmet ve mal alımını gerektirdiğini açık ve seçik kanıtlamayacak düzeyde düzenlenmiş olması halinde buradaki madde uygulanır ve buradaki maddenin uygulanması da, yalnız usulsüzlük cezasının tatbiki bakımındandır; yoksa, o belgenin tevsik edici niteliğinin ortadan kalkması anlamında değildir." şeklindeki ve aynı birleşimde söz alan Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı ...'in de; "Vergi kanunları bakımından, herhangi bir surette eksikliği olan, Vergi Usul Kanunu gereğince hiç düzenlenmemiş sayılıp, böyle bir belgeyi yapmamış olana usulsüzlük cezası tahakkuk ettirilerek, verilecektir." biçimindeki konuşmalarıyla madde metninin getiriliş sebebine dikkat çekmeleri, bu madde ile benzer nitelikte olan ve süresinde düzenlenmeyen faturanın da hiç düzenlenmemiş sayılmasını kabul eden aynı Kanun'un 231.

Kanunu'nun 207'nci maddesindeki özel belgede sahtecilik suçunun işlendiğini düşünmek mümkün olacaktır^{32,33}. Ancak Yargıtay, mülga 765 sayılı Türk Ceza

maddesinin beşinci fıkrasındaki hükmün gerekçesinde de "... Belirtilen süre içerisinde düzenlenmeyen faturaların hiç düzenlenmemiş sayılacağı hükmü konulmak suretiyle uygulanacak müeyyide yönünden konuya açıklık getirilmiştir." şeklindeki açıklamaya yer verilmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde; Kanun metinlerine "hiç düzenlenmemiş sayılır" ibaresinin konulmasındaki amacın, bu metinlerdeki eylemi gerçekleştiren mükellefe uygulanacak müeyyide konusunda bir kesinlik kazandırmak olduğu, ilgili maddelerin gerekçesi ve Meclis Genel Kurulunda yapılan konuşmalardan, işaret edilen müeyyidenin de vergi kanunlarının şekle ve usule yönelik hükümlerine riayet edilmemesi hâllerinde uygulanan özel usulsüzlük cezası olduğunun açıkça anlaşıldığı, bu nedenlerle söz konusu Kanun'un 227. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemenin idari, mali ve vergisel denetimlerin kolaylığını, denetim sonucunda uygulanacak vergi cezalarının belirliliğini ve ticari hayatın işlerliğini sağlamak maksadını taşıdığı, Vergi Usul Kanunu'nun bir bütün hâlinde değerlendirilmesi sonucunda, Kanun'un da şekil şartları eksik faturayı hukuk dünyasında meydana gelmemiş bir belge olarak kabul etmediği, yalnızca mükellef hakkında idare tarafından yapılan denetimlerde usul hükümlerine riayet edilmeden hazırlanmış belgeleri düzenlenmemiş sayarak ilgili denetimlerde bu belgeleri dikkate almamak için "hiç düzenlenmemiş sayılır" şeklindeki ibareye yer verdiği, ... an düzenlemenin ceza hukuku kapsamına giren ve yargılanmasını adli makamlarca neticeye bağlanması zorunlu olan aynı Kanun'daki kaçakçılık suçlarına yönelik bir düzenleme olmadığı, belirtilen nedenlerle faturaların, yalnızca Vergi Usul Kanunu'nun 230. maddesinde öngörülen şekil şartlarına ilişkin zorunlu bilgileri içerip içermediğinin denetlenmesi maksadıyla elde bulundurulmasında herhangi bir gereklilik bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. ..." (YCGK, 08/11/2018, E. 2018/427, K. 2018/517); ayrıca bkz. Y11.CD, 11/07/2001, E. 2001/4720, K. 2001/7809 için bkz. 315 no.lu dp. Candan, 2004: 279.

³² "Sahte fatura düzenleme suçunda, suçun maddi konusunun fatura olması; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 230. maddesinin 1. fıkrasında, faturalarda bulunması zorunlu olan bilgilerin neler olduğunun belirtilmesi, aynı Kanunun 227. maddesinin 3. fıkrasında "Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanarak kullanılan mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır" hükmünün yer alması; suç konusu faturaların dosya içinde bulunmadığının ve getirilip duruşmada incelenmediğinin anlaşılması karşısında; düzenlendiği iddia olunan faturalardan, her takvim yılına ait kanaat oluşturacak sayıdaki asıllarının veya onaylı örneklerinin getirilerek incelenmesi ve 213 sayılı Kanunun 230. maddesinde öngörülen zorunlu bilgileri içerip içermediğinin tespit edilmesi, ... 2- Faturaların zorunlu bilgileri içerdiğinin tespit edilmesi durumunda; ... sonucuna göre tüm deliller birlikte tartışılarak sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken..." (Y11.CD, 01/11/2018, E. 2016/12446, K. 2018/8708); benzer yönde kararlar için bkz. Y11.CD, 01/11/2018, E. 2016/10243, K. 2018/8660, Y11.CD, 01/11/2018, E. 2018/1659, K. 2018/8674; sahte fatura düzenleme ve kullanma suçlarında Vergi Usul Kanunu'nun 227'nci maddesinin üçüncü fıkrası ile 230'uncu maddelerinde öngörülen şekil şartlarını taşıyıp taşımadıklarının tespitine gerek bulunmadığına dair karşı görüş içeren karar hk. bkz. "...213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesindeki "Kaçakçılık suçu", 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen sahtecilik suçundan tamamen ayrı olarak özel düzenlenmiş "vergi kaçakçılığı" suç tipi vardır. 2018/3390 esas sayılı kararda ayrıntılı açıkladığımız üzere, 213 sayılı Vergi Usul Kanunundaki vergi kaçakçılığı suçu birden çok aşaması olan, çoğu zaman Resmi Kurumlardan alınmış, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda sayılan, fiziki ve şekil şartlarının tam olan belgelerin içeriğinin gerçeğini yansıtmadan yanıltıcı bilgilerle Kamunun aleyhine kendi menfaatlerine yönelik hileli davranışlarla vergi kaçakçılığı suçu gerçekleşmektedir. Suçun maddi konusu fatura değildir. Burada tanımlanan sahtecilikten anlaşılması gereken "içerik sahteciliği"dir. 2018/3390 esas sayılı kararda açıkladığımız üzere Vergi Usul Kanunu'na göre tutulan veya düzenlenen saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri sahte olarak düzenleme, kullanma, gizleme, değiştirme suçlarında; sanıklardan ele geçen faturanın gerçek bir ticari ilişkiye dayanmaması halinde bu kanuna göre içerik bakımından sahte belge olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda faturanın taraflar arasında daha önce herhangi bir satım, hizmet veya sözleşmelerinden doğan hukuki bir ilişkinin varlığı şarttır. Buna göre fatura ve diğer belgelerin içerik sahteciliğinin incelenmesi

Kanunu döneminde bize göre hatalı olarak verdiği bir kararında, satın aldığı otomobili trafikte adına kayıt ettirmek için yatırmak zorunda olduğu taşıt alım vergisinden kurtulmak amacıyla sahte taşıt alım vergisi makbuzu düzenleyip kullanan sanığın fiilinin resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir³⁴.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlendiğinin kabul edilebilmesi için, taraflar arasındaki muamele ya da durumun gerçek olmakla beraber, aralarında düzenledikleri belgenin miktar veya mahiyet itibariyle gerçeğe aykırı nitelik taşıması gerekir. Bu bakımdan düzenlenen belge, "Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik"³⁵ hükümlerine uygun bir şekilde basılmış olmalıdır.

in için şekli ve fiziki bir inceleme yeterli değildir, belge içeriğinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı Ceza hukuku yargılamasındaki delillendirme metodları ve Vergi Usul Kanunu çerçevesinde muhasebe bilgileri ile belge içeriğinin sahte olup olmadığı anlaşılabilir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesine göre suçun gerçekleşmesi için belge aslının veya onaylı suretinin dosya içinde olması veya olmaması suçun sübutu için tek başına etkili değildir. Belge aslının veya suretinin aranmasının önemli olmadığı böyle bir durumda da belge aslını veya suretini aramak belgeleri kaybeden, ibraz etmeyen veya gizleyen şahıslar açısından 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359/b maddesinde tanımlanan suçun hiç bir şekilde cezalandırılmayacağı anlamına gelir ve bu maddeye göre cezalandırılması gereken sanıkları daha az cezası olan defter ve belgeyi ibraz etmeme suçuna yönlendirme sonucu doğuracaktır. Bu sebeplerle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/b maddesinde "sahte fatura düzenleme ve kullanma" suçlarında 213 sayılı Vergi Usul Kanunu 227. mad. 3. f ile 230 maddelerinde öngörülen "şekil şartlarını" taşıyıp taşımadıklarının tespitine gerek bulunmadığından, sayın çoğunluğun fatura asıllarının veya onaylı suretlerinin dosya içerisinde bulundurulmasına ve faturaların bulunmadığı yada 230. maddedeki zorunlu unsurları taşımadığının tespiti halinde sanığın üzerine atılı suçun oluşmayacağına ilişkin bozma yönündeki görüşüne katılmıyorum." (Y11.CD, 09/07/2018, E. 2016/4491, K. 2018/6351); benzer yönde karşı görüş içeren kararlar için bkz. Y11.CD, 10/07/2018, E. 2016/3872, K. 2018/6392, Y11.CD, 09/07/2018, E. 2016/4534, K. 2018/6354, Y11.CD, 05/07/2018, E. 2016/4168, K. 2018/6279.

³³ Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesindeki vergi kaçakçılığı suçu kapsamına girmeyen böyle bir durumun Türk Ceza Kanunu'nun 158'inci maddesinin ilk fıkrasının (e) bendi uyarınca nitelikli dolandırıcılık suçu kapsamına girdiğine dair içtihat için bkz. "... Vergi mükellefi bulunan sanığın, vergi dairesine verdiği katma değer vergisi iadesi beyannamesinde gösterdiği 213 sayılı Kanununun 230. maddesinde yazılması zorunlu bilgiler arasında yer alan müşterinin adresi, düzenleme tarihi ile genel geçerlilik koşulu olan düzenleyenin imzasını taşımayan suça konu faturanın, aynı kanununun 227. maddesinin 3. fıkrasının "bu kanuna göre kullanılan veya bu kanunun Maliye Bakanlığı'na verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşıması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır" şeklindeki hükmü karşısında, bu kanun yönünden yok sayılması gerekmesine göre eylemin aynı kanunun 359/b-1 madde ve fıkrasındaki suçu ihlal etmediği, TCK. nun 504. maddesinin 7. bendi kapsamında değerlendirilmesi yapılarak hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden suçun niteliğinden yanılığa düşülerek yazılı şekilde uygulama yapılması, kanuna aykırı ..." (Y11.CD, 22/11/2001, E. 2001/7501, K. 2001/10734).

³⁴ "... Satın aldığı otomobili trafikte adına kayıt ettirmek için yatırmak zorunda olduğu taşıt alım vergisinden kurtulmak amacıyla sahte taşıt alım vergisi makbuzu düzenleyip kullanmak eyleminin TCK. nun 342. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, unsurları itibariyle oluşmayan sahte fatura düzenleyip kullanmak suçu kabul edilip tarhiyat sonrası da olduğu anlaşılan uzlaşmaya dayanarak beraatına karar verilmesi, kanuna aykırı ..." (Y11.CD, 21/11/2001, E. 2001/9315, K. 2001/10723).

³⁵ 02/02/1985 tarih ve 18654 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Yine belgeyi kullanan kişinin, vergi mükellefi olması başka bir şarttır. Sahte belgeyi düzenlemek için vergi mükellefi olmaya gerek yoktur. Herhangi bir kişi tarafından basılan sahte belge, vergi mükellefi tarafından kullanılabilir. Oysa, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele ya da durumu gerekli kıldığından gerek düzenleyen gerekse kullanan kişi, bunu kendi vergisel işlemlerinde kullanan vergi mükellefleridir³⁶.

Vergi mükellefinin, mal ya da hizmet alışverişi esnasında muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi düzenlemesi gerekir. İşlem bittikten sonra yapılan değişiklikler, “tahrifat” sayılır ki, bu husus madde içerisinde suçun oluşumuna sebebiyet veren ayrı bir fiil olarak düzenlenmiştir³⁷.

Ayrıca muhteviyatı itibariyle yanıltıcı bir şekilde düzenlenecek belgeler, Vergi Usul Kanunu’na göre düzenlenerek saklama ve ibraz mecburiyeti (VUK m. 253 vd.) olan belgelerdir (VUK m. 227 vd.³⁸). Vergi Usul Kanunu’nun mükerrer 257’nci maddesi ile Maliye Bakanlığı’na verilen yetki uyarınca tutulma zorunluluğu getirilen belgeler de bu kapsamdadır³⁹. Vergi mükellefinin kendi isteği ile tuttuğu harici belgeler ise bu kapsamda değildir⁴⁰. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenen belgenin, gerçeği yansıtan kısımlarının gider olarak kullanılması herhangi bir sakınca bulunmamaktadır⁴¹.

Ancak belirtilen özelliklere rağmen, uygulama içerisinde sahte belge veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi ayırt etmek zorlaşabilir. Şayet, belgenin sahte mi, yoksa muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge mi olduğu konusunda bir fikre varılamıyorsa, “şüpheden sanık” yararlanmalıdır⁴².

III. SUÇUN FAİLİ

Vergi mükellefi, vergi sorumlusu⁴³, vergi mükellefi ile vergi sorumlusunun usulüne göre görevlendirdiği kişiler, tüzel kişilerin yasal temsilcileri, tüzel kişiliği bulunmayanların idareci veya temsilcileri, adi şirket ortaklarının her biri ya da bu konudaki yetkilileri muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak fiillerinin faili olabilirler⁴⁴.

³⁶ Uğur Yiğit, *Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2004), 140.

³⁷ Uğur Yiğit, *Vergi Kaçakçılığı*, 141; Mehmet Taştan, “Yanıltıcı Belge”, 211.

³⁸ Belgede sahtecilikle ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu’nda herhangi bir yaptırım öngörülmediği ve usulünce düzenlenmeyen defter ve belgelerin delil olma özelliğini kaybettiği hk. bkz. Oğuz Kürşat Ünal, “Sahte Fatura ve Faturadan Doğan Sorumluluklar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 10 1-2 (2006): 7; Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza*, 282.

³⁹ Serkan Açar, “Yanıltıcı Belge”, 280.

⁴⁰ Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 222.

⁴¹ Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza*, 282.

⁴² Uğur Yiğit, *Vergi Kaçakçılığı*, 163; Serkan Açar, “Yanıltıcı Belge”, 288; Abdullah Köşşekoğlu, “*Vergi Kaçakçılığı Suçu*”, 11.

⁴³ Vergi sorumlusu, Vergi Usul Kanunu’nun 8’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından alacaklı vergi dairesine karşı sorumlu kişiyi ifade etmektedir.

⁴⁴ Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 317; Serkan Açar, “Yanıltıcı Belge”, 282; Mehmet Taştan, “Yanıltıcı Belge”, 214.

Aslında fiilin faili olabilecek kişilere bakıldığı zaman, cezaların şahsiliği ilkesine uygun olduğu görülür. Gerçekten Vergi Usul Kanunu'nun 333'üncü maddesinin son fıkrasında kanunun 359'uncu maddesindeki yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için 359 ve 360'uncü maddelerde öngörülen cezanın bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunacağı düzenlenmekle cezaların şahsiliği ilkesine uygun bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır⁴⁵.

Özellikle Yargıtay 11'inci Ceza Dairesi 27/09/2001 tarih ve 2001/5007 Esas 2001/8710 Karar sayılı kararında, tüzel kişilerin birden fazla kanuni temsilcilerinin bulunması suçun, fiil ve fikir işbirliği içinde işlenmediğinin anlaşılması halinde sorumluluk, cezanın şahsiliği ilkesine bağlı olarak temsil yetkisinin bölüşümündeki ağırlık ve sınırlar dikkate alınarak suçun şekil sorumlusu değil ayırtısını bilen ve oluşumunda rolü olan temsilcisine ait olacağını içtihat etmiştir.

Sahte belge düzenleme fiili vergi mükellefi kişilerce gerçekleştirilebileceği gibi vergi mükellefi olmayan kişilerce de gerçekleştirilebilir.

Sahte belge kullanma fiilleri faili ise muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma fiilinin failinden farklı değildir. Sahte belgenin kullanması fiili bakımından burada da failin vergi mükellefi olması zorunludur⁴⁶.

IV. SUÇ TARİHİ

Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma veya düzenleme fiillerinin ne zaman işlendiğinin belirlenmesinde ikili bir ayırım yapmak gerekir:

Gerek sahte belge gerekse muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge fiillerinde, “düzenleme”nin gerçekleştiği tarihte suç işlenmiş sayılır⁴⁷.

Ancak her iki fiil tipi açısından “kullanma” fiilin gerçekleştiği tarihin belirlenmesinde “beklenen yararın⁴⁸” ortaya çıkarılmasına ihtiyaç duyulmaktadır⁴⁹.

⁴⁵ Mehmet Taştan, “Yanıltıcı Belge”, 214.

⁴⁶ Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 230.

⁴⁷ “... Sahte fatura düzenleme suçunda, suç tarihinin düzenlenen en son fatura tarihi olduğu cihetle, 2007 yılında yürürlükte bulunan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/b-1. maddesinde onsekiz aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü, 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 276. maddesi ile değişik 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/b maddesinde ise temel cezanın üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak düzenlendiği hususları birlikte dikkate alındığında; 2008 yılında uygulanacak temel cezanın belirlenebilmesi için bu takvim yılında düzenlenen en son fatura tarihinin tespit edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ... bozmayı gerektirmiş, ...” (Y11.CD, 26/09/2019, E. 2016/6122, K. 2019/6745).

⁴⁸ Beklenen yararın vergi işlemlerinde yararlanmak olduğunda şüphe yoktur. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Uğur Yiğit, *Vergi Kaçakçılığı*, 142.

⁴⁹ “Faturaların KDV beyannamesinde kullanılmaları ve en son tarihli faturanın 31.10.2007 tarihli olması nedeniyle suç tarihi “25.11.2007” olmasına rağmen, 2007 yılında yürürlükte bulunan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/b-1. maddesinde onsekiz aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü gözetilmeden, suç tarihi 26.04.2008 kabul edilip değişiklikten sonraki düzenlemeye göre hüküm kurulması, ... bozmayı gerektirmiş, ...” (Y11.CD, 17/09/2019, E. 2018/3461 K. 2019/6351).

Başka bir deyişle, nasıl ki gerçek bir belge, hangi amaçla kullanılacak idiyse, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı düzenlenen belgenin de aynı amaçla kullanılacağı düşünülür. Bu bakımdan sadece defterlere işleme tarihlerine bakarak karar verilmesi yeterli olmayacaktır. Çünkü sahte belgenin, defterlere kayıt edilmekle yetinilmesi, sahte belgeden beklenen yararı sağlamaya yetmez. Aynı zamanda sahte belgenin, beyannamede gösterilmesi ve bu beyannamenin vergi dairesine verilmesi gerekli⁵⁰ ve yeterli olup bir de vergi kaybının gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır. Vergi kaybı, 4369 sayılı kanunun⁵¹ yürürlüğe girdiği 01/01/1999 tarihinden önceki dönem uygulamasında ve Yargıtay kararlarında⁵² aranan bir unsurken, değişiklik sonrası dönemde beyannamenin vergi dairesine verilmesi suçun işlendiğinin kabulü için yeterli görülmektedir. Bu bakımdan kullanma tarihinin belirlenmesinde de her bir vergi türünün ilgili mevzuatına bakılmalıdır. Vergi kaybının suçun unsuru olmaktan çıkarılmasından sonraki dönemde kullanma halinde, suç tarihinin belirlenmesi bakımından Yargıtay uygulaması vergi türüne göre son beyan tarihi üzerinden şekillenmişse de söz konusu kararlara,

- Sahte belgelerin fatura, irsaliye gibi alım satımı gösteren belgelere ilişkin olduğu, beyannamenin ise gelir gidere ilişkin ve mükellefin beyanı ile düzenlenen belgeler olduğu;
- Beynamede gösterilen gelir gider tutarları gerçeğe dayansın ya da dayanmasın mükellefin dilediği gibi belirleyebileceği hususlar olduğu için belgelerin sahteliği hakkında fikir vermelerinin mümkün olmadığı;
- Suç tarihinin, vergi türüne göre son beyan tarihi olmasının aleyhe sonuçlarının olabileceği;

⁵⁰ Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 224-225; Serkan Açar, "Yanıltıcı Belge", 291; Abdullah Köşşekoğlu, "Vergi Kaçakçılığı Suçu", 12; Mehmet Taştan, "Yanıltıcı Belge", 210; bu hususta Bakır, sahte belgenin defterlere kayıt edilmesi ile kullanmanın gerçekleştiğini düşünmektedir. Bu hususta bkz. Tunay Bakır, "Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleyen ve Kullananlara Uygulanacak Cezalar ve Özellik Arzeden Durumlar", *Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi*, S. 2 (2004): 106.

⁵¹ 29/07/1998 tarih ve 23417 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Vergi Usul Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Gider Vergileri Kanunu, Emlak Vergisi Kanunu, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, Damga Vergisi Kanunu, Harçlar Kanunu, 3505 Sayılı Kanun, Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun, Belediye Gelirleri Kanunu, 1318 ve 4208 Sayılı Kanunlar ile 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

⁵² "... Y. A.Ş. adına düzenlenen ve sahte olduğu iddia olunan suç konu 12 adet faturanın sanık Hüseyin'in defter ve kayıtları ile vergi dairesine verdiği beyannamelerde yer alıp almadığı ve suç tarihi itibariyle sahte fatura düzenlemek suçunun yasal unsuru olan vergi ziyayı, faturaların kullanılması halinde oluşacağından, adına fatura düzenlenen Y.A.Ş. tarafından suç konu faturaların kullanılıp kullanılmadığı araştırılarak sonucuna göre sanık Hüseyin'in hukuki durumunun tayin ve taktiri gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma ile mahkumiyet kararı verilmesi, ... yasaya aykırı, ..." (Y11.CD, 30/04/2003, E. 2003/1666, K. 2003/2150).

gibi sebeplerle muhalefet şerhlerinin düşüldüğü görülmektedir⁵³. Ancak bize mevcut yasal düzenleme karşısında muhalefet şerhini kabul etme imkanı bulunmamaktadır. Çünkü sahtelik noktasındaki belirleme bir vergi incelemesini gerektirdiğinden ve sahtelik olgusu bu inceleme sonucunda ortaya çıkarılacağından, beyannamenin mükellefin tek taraflı beyanı ile dilediği şekilde ve sadece gelir gider sonuçlarına yönelik düzenlenmiş olmasının sonuca etkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki suç tarihinin belirlenmesinde vergi türüne göre son beyan tarihine bakılıyor olması her durum için değil, gerçek beyan tarihinin tespit edilememesi halinde söz konusu olmaktadır. Yoksa beyannamenin daha erken bir tarihte verildiği belli ise suç tarihinin de o tarih olacağında şüphe yoktur.

⁵³ "... 1- Sahte belge kullanma suçuna konu olabilen belgeler yukarıda belirtildiği gibi, VUK'nda (m. 229-240) düzenlenmesi öngörülen; fatura, irsaliye, satış vesikalaları, gider pusulası, müstahsil makbuzu gibi mal ve hizmet alım-satımına ilişkin belgelerdir. Vergi beyannameleri ise kanunlarda öngörülen matraha göre ödenecek verginin vergi idaresince belirlenip (tarh edilip), tahakkuk ve tahsil edilmesine esas olan belgedir. Bir başka ifade ile tamamen mükellefin tek taraflı iradesine dayanarak düzenlediği ve vergilendirme dönemi içindeki gelir-gider, dolayısıyla kâr-zarar durumunu gösteren belgedir. Vergi beyannamesinde veya ekinde, sahte belge düzenleme ve kullanma suçlarına konu olabilen gelir gider belgeleri gösterilmez ve eklenmez. Vergi idaresince gerekli görülürse daha sonra beyanın doğruluğu araştırılabilir.

2- Mükellef, vergi beyannamesini, sahte olsun olmasın, defterlerine kayıtlı bulunsun bulunmasın, mevcut belgelere uygun olarak verebileceği gibi, gelir ve giderine ilişkin rakamları tamamen gerçek dışı olarak da beyan edebilir. Dolayısıyla vergi beyannamesi, defterlere kaydedilerek kullanılan belgenin sahteliği hakkında bir fikir vermediği gibi, her zaman sahte belgenin sonuçlarını da kapsamaz. Bu nedenle vergi beyannameleri, VUK'nun 359. maddesindeki sahte belge düzenleme ve kullanma suçlarına konu olmazlar. Beyanname vermemek veya gerçeğe aykırı beyanname vermek, VUK'nun 352. maddesi kapsamında usulsüzlük cezası gerektiren bir kabahattir. Ayrıca TCK'nun 207. maddesindeki özel belgede sahtecilik suçuna konu olabilir.

3- Daire, suç tarihini beyanname tarihine götürürken de beyannamenin verilir verilmemesi, verilmişse hangi tarihte verildiğine bakmaksızın, verginin türüne göre 3065 sayılı KDV Kanunu'nun 41, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 92, Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 21 ve 13.6.2006 tarih, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 14. maddelerini gözeterek, sanıkların en aleyhine olacak şekilde, beyanname verilmesi gereken son tarihi esas almaktadır ki bu kabul edilemez. Kaldı ki bu kabul, suçun teşebbüse elverişli olduğunun da kabulünü gerektirir. İcra hareketleri bu şekilde bölündüğünde, daha doğrusu suçun oluşması için ilave hareket arandığında, örneğin; vergi mükellefi olan baba, daha az vergi ödemek için bilerek sahte belgeleri alıp 2007 yılında deftere işledikten sonra, işlerinin idaresini oğluna devrettiğinde, bu durumu bilmeyen, suç işleme kasıt ve iradesi bulunmayan oğul, suça konu belgelerin içerdiği harcamaları da giderlere dahil ederek Mart 2008'de gelir vergisi beyannamesini verdiğiğinde, suçun faili olarak kim sorumlu tutulacaktır? Aynı örnekte, baba sahte faturayı deftere kaydettikten sonra mükellefiyetini sona erdirip beyanname vermezse suç oluşmayacak mıdır veya teşebbüs aşamasında mı kalacaktır? 4- Beyannamesini, verilmesi gereken son gün değil de ilk gün veren mükellef için neden suç tarihi 15 veya 25 gün sonrası olsun? (Gelir Vergisi Kanunu m. 92, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m. 14) Usulsüzlük cezası gerektirse de beyannamenin süresinden sonra verilmesi de mümkündür. Bu durumda ne olacaktır? Görüldüğü gibi, maddi ceza hukukunun ve ceza usul hukukunun genel ilkeleri ile TCK'nun genel hükümlerine göre, suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse ne zaman işlendiğine ilişkin maddi gerçeği araştırıp tespit etmek (daire uygulamasına göre de, bu mümkün değilse sanık lehine beyannamenin verilmesi gereken ilk günü kabul etmek) yerine, varsayımsal olarak bir tarih belirlemek ne derece doğrudur? Kanunkoyucu suç için bir netice veya mütamadılık (devamlılık) öngörmemesine ve suç teşkil eden fiil (hareket) gerçekleştirilmesine rağmen, suç tarihini bir yıl hatta 15 ay sonrasına taşımak, zaman aşımı tarihini de bu kadar süreyle uzatmak demektir. ..." (Y11.CD, 11/12/2014, E. 2013/2593, K. 2014/21446).

V. SAHTE VEYA MUHTEVİYATI İTİBARIYLA YANILTICI BELGE DÜZENLENMESİ VEYA KULLANILMASI FİİLLERİNİN BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU İLE İLİŞKİSİ

Türk Ceza Kanunu'nun 204'üncü maddesinde resmi belgede sahtecilik; 207'nci maddesinde özel belgede sahtecilik suçu düzenlenmiştir. Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde de, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge fiilleri gibi sahtecilik ile ilgili düzenlemelerin bulunduğu hesaba katıldığında hangi hükümlerin öncelikle uygulanacağı ortaya çıkarılmalıdır.

Bir kere Vergi Usul Kanunu'nun mükellefin ödevleri kitabının vesikalar başlıklı üçüncü kısmında yer alan belgelere bakıldığında fatura (VUK m. 229 vd.), perakende satış vesikası (VUK m. 233), gider pusulası (VUK m. 234), müstahsil makbuzu (VUK m. 235), serbest meslek makbuzu (VUK m. 236 vd.) ve diğer belgelerin resmi belge niteliğinde olmadıkları⁵⁴; bunların özel belge oldukları⁵⁵ kabul edilmektedir. Bu yönüyle Türk Ceza Kanunu'nun 204'üncü maddesindeki resmi belgede sahtecilik suçunun uygulanması mümkün değildir.

Ayrıca Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemede, bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişinin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Yani özel belgenin sahte düzenlenmesi veya özel belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi ile kullanılmasının bir arada olması aranmıştır⁵⁶. Sadece düzenleme/değiştirme ya da sadece kullanmanın bulunması Türk Ceza Kanunu'nun 207'nci maddesindeki suçun oluşması için yeterli değildir. Oysa, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge fiillerinin kaçakçılık suçuna sebebiyet vermesi bakımından düzenlemek veya kullanmak fiillerinden birinin gerçekleştirilmiş olması yeterlidir.

Yine Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesindeki kaçakçılık suçunun gerçekleşmesinde kullanılan sahtecilik fiilleri Türk Ceza Kanunu'na göre daha detaylı bir şekilde tanımlanmış olup yer yer suçun işlenme şekli cezada artırım sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu yönüyle Vergi Usul Kanunu'ndaki hükmün vergisel işlemlerdeki sahtecilik fiilleri bakımından uygulanma önceliği olan daha özel düzenlemeler getirdiği söylemek mümkündür.

Yargıtay da, vergisel amacı olan sahtecilikleri Türk Ceza Kanunu'nun 207'nci maddesi anlamında bir sahtecilik olarak değerlendirmemekte; bu tip durumlarda Vergi Usul Kanunu'nun sahtecilikle ilgili 359'uncu maddesini uygulanması cihe-tine gitmektedir. Bir kararında "Edremit Cumhuriyet Başsavcılığının 01/12/2011 gün ve 2011/3473 soruşturma, 2011/2837 esas, 2011/1322 sayılı iddianamesi ile

⁵⁴ Fatura tanzim edenin şahsına ve düzenleme sebebine bağlı olarak resmi belge sayılabileceğine dair görüş için bkz. Oğuz Kürşat Ünal, "Sahte Fatura", 30.

⁵⁵ Tunay Bakır, "Sahte Belge", 105.

⁵⁶ Durmuş Tezcan; Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2006), 557.

sahte sevk irsaliyesi kullandığı iddiasıyla sanık hakkında açılan kamu davasında, fiilin 213 sayılı Yasanın 359. maddesinde düzenlenen sahte belge kullanmak suçunu oluşturduğu gözetilerek aynı Yasanın 367. maddesi uyarınca dava şartı olan mütalaa alındıktan sonra yargılamaya devamla karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde özel belgede sahtecilik suçunun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi...⁵⁷” denilerek verilen hükmü bozmuştur.

Bir an için her iki hükmün gerçek içtima kuralları gereği aynı anda uygulanması düşünülse bile, bu halde aynı fiilden ötürü aynı kişi hakkında birden fazla ceza verilmiş olacağından, “non bis in idem” ilkesine aykırı davranılmış olacaktır⁵⁸.

Hatta belgede sahteciliğin başka bir suçun işlenmesinde kullanılması halinde hem belgede sahtecilikten hem de ilgili suçtan ceza verileceğini düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 212'nci madde hükmü bile her iki hükmün aynı anda uygulanması için yeterli değildir. Çünkü Türk Ceza Kanunu'nun 212'nci maddesine göre sahtecilik ile birlikte cezalandırılacak ilgili suçun herhalde sahtecilikten başka bir suç olması icap eder. Zaten madde gerekçesine⁵⁹ bakıldığı zaman, sahtecilik-dolandırıcılık veya sahtecilik-zimmet örneklerinin verildiği görülecektir. Yoksa Türk Ceza Kanunu'ndaki sahtecilik hükümlerinin ihlali ile başka bir kanundaki sahtecilik⁶⁰ hükümlerinin birlikte ihlal edilmesi halinde her iki sahtecilik hükmünün de aynı anda uygulanması düşünülemez⁶¹.

⁵⁷ Y11CD, 22/09/2014, E. 2014/933, K. 2014/15444.

⁵⁸ Bu ilke, evrensel bir hukuk ilkesi olmasının yanında ulusal ve uluslararası pek çok hukuk metninde yer almıştır. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin adil yargılanma kenar başlıklı 14'üncü maddesinin yedinci fıkrasında “Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkum olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz.”; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ek 7 no.lu protokolünün aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı kenar başlıklı 4'üncü maddesinin ilk fıkrasında “Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümlerle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.”; Türk Ceza Kanunu'nun fikri içtima kenar başlıklı 44'üncü maddesinde “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun duruşmanın sona ermesi ve hüküm kenar başlıklı 223'üncü maddesinin yedinci fıkrasında “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁵⁹ “Madde metninde, sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı kabul edilmiştir. Örneğin, sahte belgenin kullanılması sureti ile bir kimse aldatılarak bir yarar elde edilmiş olabilir. Bu durumda, hem dolandırıcılık hem de resmi veya özel belgede sahtecilik suçlarına ait cezaların içtima suretiyle verilmesi gerekecektir. Keza, sahte belge düzenlemek suretiyle zimmetin gizlenmeye çalışılması hâlinde, hem zimmet suçundan hem de resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır.”

⁶⁰ Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesindeki suçun, ceza hukukundaki sahtecilik suçunun bir türü olduğu hk. bkz. Abdullah Köşşekoğlu, “Vergi Kaçakçılığı Suçu”, 2.

⁶¹ “Vergi Kaçakçılığında Belge Sahteciliği”, Ersan Şen, Erişim Tarihi: Ekim 29, 2016, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1366410-vergi-kacakliginda-belge-sahteciligi>.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. İŞTİRAK

Vergi Usul Kanunu'nun 360'ıncı maddesi, 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, iştirak ile ilgili hükümler içermekteydi. Mülga düzenlemede, "Birden fazla kişi 359'uncu maddede sayılan fiillerin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her birinin bundan ayrı ayrı maddi menfaat gözetmek şartıyla o fiile mahsus ceza ile cezalandırılacağı; söz konusu fiilleri işlemeye azmettirenlere de aynı cezaların verileceği ve bu fiillere maddi menfaat gözetmeksizin iştirak edenlere de fiile mahsus cezanın dörtte biri hükmolunacağı" düzenlenmiştir.

Yeni düzenleme sonucunda Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddenin işlenmesine iştirak eden suç ortaklarının menfaatlerinin bulunmaması halinde Türk Ceza Kanunu'ndaki suça iştirak hükümleri uyarınca verilecek cezanın yarısının indirileceği düzenlenmiştir⁶².

Önceki düzenlemede, suçun tam cezasının verilebilmesi için fiili irtikap edenlerin veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanların "maddi menfaat" gözetmesi şartı aranmışken, yeni düzenlemede bir indirim sebebi olarak suç ortaklarının suçun işlenmesinde menfaatlerinin olmamasından bahsedilmiştir. Kısacası, menfaat gözetmeyen şerikler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun iştirak hükümlerine göre tespit edilecek cezanın yarısı indirilecektir. Ancak kanun metninden, menfaat kavramının içeriği yeterince anlaşılammaktadır⁶³. Bir kere iştirak hali vergi hukukunda tanımlanmamasına⁶⁴ rağmen, bu halde de cezalandırma yolu tercih edilmiştir⁶⁵. Menfaatin neye göre belirleneceği, manevi menfaatin bu kapsamda değerlendirilip

⁶² Mehmet Taştan, "Yanılıcı Belge", 222.

⁶³ "...olay tarihinde yürürlükte bulunan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 360'ıncı maddesinin 1'inci fıkrasında; birden fazla kişinin 359'uncu maddede sayılan fiillerin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan herbirinin bundan ayrı ayrı menfaat gözetmek şartıyla o fiile mahsus ceza ile cezalandırılacağı, söz konusu fiilleri işlemeye azmettirenlere de aynı cezaların hükmolunacağına belirtildiği, bu düzenleme uyarınca ceza kesilebilmesi için öncelikle bir kaçakçılık suçu işlenmesi ve kişilerin bu kaçakçılık suçunun işlenmesine fiilleri ile katkıda bulunarak kaçakçılık suçunun gerçekleşmesine yol açmaları ve bunun sonucu maddi menfaat temin etmiş olmaları gerektiği, olayda işlendiği belirtilen kaçakçılık suçunun ... Giyim Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketi'nin ortağı ile ... tarafından gerçekleştirildiği yolunda inceleme raporu düzenlendiği ve raporda, davacının kaçakçılık suçunun işlenmesine fiili ile katkıda bulunduğu dair somut bir tesbite yer verilmediği gibi davacının bir dönem söz konusu firmanın muhasebecisi olmasının ya da kaçakçılık suçuna iştirak ettiği öne sürülen kişilerin yanında işçi olarak çalışıyor olmasının tek başına davacının da kaçakçılık suçuna iştirak ettiğini göstermeyeceğinin açık olduğu, ayrıca davacının söz konusu olayda menfaat temin ettiğine dair bir kanıt da yer verilmediğinden davacı hakkında kesilen cezada hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle cezanın kaldırılmasına karar vermiştir..." (D4.D, 11/10/2005, E. 2005/1231 K. 2005/1729).

⁶⁴ İştirak konusunu düzenleyen Vergi Usul Kanunu'nun 338'inci maddesi 1998 yılında 4369 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶⁵ Ömer Gören, "Vergi Ceza Hukukunda İştirak", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2 (2013): 363.

değerlendirilmeyeceği ve menfaatin, suçun gerçekleşmesinden önce mi yoksa, sonra mı olması gerektiği hususları net değildir⁶⁶. Yeni düzenlemede maddi menfaatten bahsedilmemesi; madde metninde sadece menfaat ibaresinin geçmekte olması, manevi menfaatin de söz konusu olabileceği anlamına gelmektedir⁶⁷.

Bu bakımdan suçun işlenmesine iştirak eden şeriklere herhangi bir maddi menfaat şartı aranmaksızın Türk Ceza Kanunu'nun iştirak hükümleri uyarınca ceza verilecektir. Menfaati olmayan şeriklerin cezası ise yarı oranında indirilecektir.

B. TEŞEBBÜS

Türk Ceza Kanunu'nun 15'inci maddesinin ilk fıkrasında kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması halinde teşebbüsün söz konusu olacağı düzenlenmiştir.

Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge bakımından teşebbüsün mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi için düzenleme ve kullanma fiilleri yönünden ikili bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır:

Her ne kadar sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme fiilleri bakımından teşebbüsün mümkün olduğu ileri sürülmüşse⁶⁸ de bizim de katıldığımız görüşe göre Vergi Usul Kanunu'nun 227'nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenecek belgenin zorunlu unsurları mevcut olmaması halinde hiç düzenlenmiş sayılacağından, hiç düzenlenmemiş sayılan bir sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suretiyle kaçakçılık suçunun işlendiğinden söz edilemez. Yani sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin düzenlenmesi ile suç tamamlanmış olacaktır. Bu yönüyle suç şekli suç olduğundan ve yazılı koşulların gerçekleşmesi ile suç tamamlanacağından, düzenleme bakımından suça teşebbüs mümkün olmayacaktır⁶⁹.

Ancak sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı düzenlenen belgeyi bu özelliğini bilerek ve isteyerek kullanmak üzere defterine kaydetmeye başlayan sanığın, elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamadan kolluk güçlerine yakalanması örneğinde olduğu gibi sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma fiilleri bakımından ise teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁷⁰.

⁶⁶ Fulya Mercimek ve Adnan Gerçek, "Vergi Kaçakçılığı Suçuna İştirak ve Cezai Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 14 (2013): 214.

⁶⁷ Mercimek ve Gerçek, "Vergi Kaçakçılığı", 216.

⁶⁸ Onur Özcan, *Vergi Suçları*. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2015): 244.

⁶⁹ Hasan Hüseyin Bayraklı, "Vergi Kaçakçılık Suçlarına Teşebbüs". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 37 10(2019): 18-19.

⁷⁰ Hasan Hüseyin Bayraklı, "Teşebbüs", 19-20.

C. İÇTİMA

Vergi Usul Kanunu'nun "Suçlarda Birleşme" başlıklı 340'ıncı maddesinin birinci fıkrasında vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359'uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezaların içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise vergi cezasını gerektiren fiillerin aynı zamanda Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesine göre suç teşkil etmesi halinde, bu suçlara ilişkin ceza kesilmesi, 359'uncu maddesindeki fiiller sebebiyle takibat yapılmasına engel teşkil etmeyecektir.

Vergi Usul Kanunu'nun 340'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına benzer bir düzenleme, 367'nci maddenin altıncı fıkrasında yer almaktadır. Hükümde, 359'uncu maddeye göre cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai veya usulsüzlük cezalarının kesilmesine engel teşkil etmeyecektir.

Ancak Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde fiiller ile ne kadar suç işlenmişse, gerçek içtima kuralları gereğince o kadar cezaya hükmolunması gerekmektedir. Başka bir deyişle, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin a bendindeki fiiller ile b bendindeki fiiller ayrı ayrı suçları oluşturmakta olup işlenmeleri halinde gerçek içtima kuralları dahilinde birleştirilmelilerdir. Yargıtay bir kararında, mahiyeti itibariyle yanıtıcı belge düzenleme fiili ile defter ve belgeleri gizleme fiilinin ayrı ve bağımsız suçlar olduğu, her birine ayrı ceza tayini gerektiği; tek suç kabul edilerek tek ceza tayininin isabetli olmadığını içtihat etmiştir⁷¹.

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesine 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁷² 4'üncü maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkraya hükmü öncesinde Yargıtay, bir takvim içinde birden fazla tarh dönemi olan vergilerde her tarh döneminde işlenen suçların ayrı suç olduğunu kabul etmenin farklı uygulamalara, eşitsizliğe ve adaletsizliğe sebep olacağı sonucuna varılarak, her tarh döneminde gerçekleştirilen fiillerin ayrı suçlar olduğuna dair görüşünü Katma Değer Vergisi bakımından yumuşatmış ve Katma Değer Vergisi bakımından tarh dönemi yerine takvim yılının esas alınması gerektiğini içtihat etmiştir. Bunun dışında aynı takvim yılının farklı vergilendirme dönemlerinde işlenen suçların ise, teselsül eden tek suç olduğu⁷³; şayet takvim yılı içinde iddianame ile dava açılması halinde ise dava tarihinden sonra gerçekleşen fiiller ayrı suçlar olarak kabul edilmiştir⁷⁴. Ancak Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu

⁷¹ Y11.CD, 12/02/2001, E. 2001/419, K. 2001/1312; ayrıca bkz. Abdullah Köşşekoğlu, "Vergi Kaçakçılığı Suçu", 18.

⁷² 15/04/2022 tarih ve 31810 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷³ Y11.CD, 20/12/2005, E. 2003/14269, K. 2005/14079; Serkan Ağar, "Yanıtıcı Belge", 299; Yusuf Karakoç, *Vergi Ceza*, 296.

⁷⁴ YCGK, 05/03/2002, E. 2002/11-28, K. 2002/179.

maddesine eklenen dokuzuncu madde hükmü ile Yargıtay'ın ayrı vergilendirme dönemlerinin ayrı suç kabul eden görüşünden dönülerek 359'uncu maddedeki fillerin birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanunu'nun 43'üncü maddesindeki zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Yeni düzenleme bu şekilde olmakla beraber, düzenleme öncesi dönem Yargıtay uygulamasında olduğu gibi hukuki veya fiili kesintinin varlığının kabulü halinde gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

VII. DAVA ŞARTI OLARAK "MÜTALAA" ZORUNLULUĞU

Vergi Usul Kanunu'nun 367'nci maddesinin birinci fıkrası, "Bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul" başlığını taşımaktadır. Düzenleme ile gerçekleştirilen vergi incelemesi sonucunda kaçakçılık suçunun işlendiğinin⁷⁵ tespit edilmesi halinde Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmadan önce, ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasının alınması bir dava şartı⁷⁶, ön şart⁷⁷ olarak öngörülmüştür.

Vergi incelemesini yapan vergi müfettişi ya da vergi müfettiş yardımcısı ise, bu kişiler, ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasını aldıktan sonra doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunmaya yetkilidirler. Ancak incelemeyi yapan diğer vergi inceleme elemanlarının, doğrudan suç duyurusunda bulunma yetkileri yoktur. Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesindeki fiillerin işlendiğinin tespit edilmesi halinde, bunların düzenledikleri vergi inceleme raporları, ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaası alındıktan sonra vergi dairesi başkanlığı ya da defterdarlık tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulacaktır.

Mütalaa hem fiil hem fail hakkında olacak ve hangi suç(lar) ya da hangi yıl(lar) için verildiği belirtilecektir⁷⁸. İlgili kişilerin keyfiyeti Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirme hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

⁷⁵ Mütalaa şartı, sadece kaçakçılık suçu için öngörülmüş olup Vergi Usul Kanunu'nun 362'nci maddesindeki "vergi mahremiyetinin ihlali" ve 363'üncü maddesindeki "mükellefin özel işlerini yapma" suçları bakımından geçerli değildir. Bu husustaki açıklamalar için bkz. Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 19.

⁷⁶ Yusuf Karakoç, "Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü", (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 69, 1996): 58; Sümer, "Kanunilik İlkesi", 185.

⁷⁷ Mehmet Arslan, *Vergi Hukuku*, (İstanbul: Marmara Kitap Merkezi, 2011), 293; Sümer, "Kanunilik İlkesi", 185.

⁷⁸ "213 Sayılı Yasanın 367. maddesi uyarınca şirket adına verilen mütalaanın, şirketin cezai sorumluluğu bulunmadığından geçersiz olduğu ve cezanın şahsiliği ilkesi göz önüne alınarak sorumlu olanlar hakkında mütalaa verilmesi gerektiği ve şirket yetkilisi olan sanık hakkında dava şartı olan defterdarlık veya Gelirler Bölge Müdürlüğü mütalaası olmadığı gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi, kanuna aykırı ve ..." (Y11.CD, 11/06/2002, E. 2002/4921 K. 2002/5662).

Özellikle vergi incelemesi esnasında, 359'uncu maddeye aykırılığın tespit edilmesine rağmen, kişisel değerlendirme sonucunda delillerin yeterli olmadığı ya da eldeki delillerle mahkûmiyet kararı verilemeyeceği düşünülerek bildirimde bulunmaktan kaçınılamayacaktır⁷⁹. Kaçakçılık yapıldığının, gerçekleştirilen vergi incelemesi sonucunda tespit edilmesi ve ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasının alınması halinde suç duyurusunda bulunulması mecburidir (VUK m. 367/1).

Hatta yürütülen bir soruşturma kapsamında kaçakçılık suçunun işlendiğine dair şüphelerin ortaya çıkması halinde, bu suçtan ötürü de re'sen soruşturma yapılmasına kanun izin vermemiştir. Bu halde, ilgili vergi dairesi durumdan haberdar edilerek, herhangi bir kaçakçılık fiilinin olup olmadığı hususunda vergi incelemesi yapılması talep edilmelidir (VUK m. 367/2). Böylece, incelemeyi daha başarılı gerçekleştirmesi mümkün olan vergi idaresinin harekete geçirilmesi sağlanacaktır⁸⁰. Gelecek cevaba göre kamu davasının açılıp açılmayacağına karar verilecektir. Cevap gelinceye kadar da, kamu davasının açılması talik olunacaktır (VUK m. 367/3⁸¹). Ancak cevap gelinceye kadar ihtiyaç hasıl olursa ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100'üncü madde şartları mevcut olursa tedbir mahiyetinden tutuklama kararı verilebilecektir⁸².

Fiil için süreç, yeniden en başa dönecek şekilde sıkı kurallara bağlanmış olmakla birlikte, aynı süreç, fail bakımından bu kadar sert değildir. Özellikle Vergi Usul Kanunu'nun 367'nci maddesine 7394 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁸³ 5'inci maddesi ile eklenen beşinci fıkra hükmü ile Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesindeki fiillere ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaa konu fiilin, başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa verilmesi şartı aranmayacağı kuralı getirilmiştir.

⁷⁹ Hüsamettin Uğur, "Vergi Suçların Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 88 (2013): 34.

⁸⁰ Hüsamettin Uğur, *Kovuşturma Şartı*, 35.

⁸¹ "213 sayılı VUK'nın 367. maddesi uyarınca dava şartı olan ...'nin mütalaasının yalnızca 2007, 2008 ve 2009 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme suçlarına ilişkin olduğu, 2008 takvim yılında sahte fatura kullanma suçundan verilmiş bir mütalaa bulunmadığı anlaşıldığından; belirtilen suçla ilgili mütalaanın verilip verilmeyeceği Vergi Dairesi Başkanlığından sorularak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, sahte fatura düzenleme ve sahte fatura kullanma suçlarının birbirinden ayrı ve bağımsız suçları oluşturduğu da gözetilmeksizin yazılı şekilde hükümler kurulması, ... bozmayı gerektirmiş, ..." (Y11.CD, 09/07/2018, E. 2018/2684, K. 2018/6353).

⁸² Nuri Ok ve Ahmet Gündel, *Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 20; Uğur, 2013: 35.

⁸³ 15/04/2022 tarih ve 31810 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Her ne kadar vergi dairesinin mütalaa alınmadan kamu davası açılmıyorsa da, mütalaa alındıktan sonra Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kamu davasının açılması için yeterli şüphe bulunmamişsa kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilebilir.

Kural bu yönde olmakla birlikte, şayet mütalaa şartı gerçekleşmeden dava açılmışsa ne olacaktır? Bu hususta, mütalaa şartının gerçekleşmediğini fark eden hakim, durma kararı vererek veya durma kararı vermeksizin, ilgili vergi dairesinden dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırılmalıdır⁸⁴. İlgili vergi dairesince mütalaa verilmediği bildirilirse, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223'üncü maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca dava şartı gerçekleşmediğinden davanın düşmesine karar verilir⁸⁵.

Mütalaa şartı, suç vasfının hatalı değerlendirildiği hallerde de ortaya çıkmaktadır. Böyle durumlarda Yargıtay, suç vasfında yanlışlıkla işlem yapılması halinde, aslında fiil VUK'nun 359'uncu maddeye gireceğinden bahisle mütalaa şartı gerçekleşmedi diye bozma kararı vermektedir⁸⁶.

Ancak bazı durumlarda iddianameye konu edilen fiille, mahkemenin tespit ettiği fiilin karşılaştırmasının yapılması da gerekebilmektedir. Birbirine dönüşebilen fiillerin varlığı tespit edilirse, sanığa ek savunma hakkı verilmeli, aksi halde durma kararı verilerek mütalaa verilip verilmeyeceği vergi idaresinden sorulmalıdır. Söz gelimi iddianamede sahte fatura düzenleme olarak gösterilen fiilin mahkemece muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme olduğu sonucuna varılırsa, bu halde bu iki fiil birbirine dönüşebileceğinden sanığa ek savunma hakkı verilerek hüküm kurulması mümkündür⁸⁷. Tam tersi olarak mahkemenin

⁸⁴ "...V.. D... tarafından düzenlenen 27.04.2012 gün ve 3189 sayılı yazıda bahsedilen 13.04.2012 tarih ve 24 sayılı 'Rapor Değerlendirme Komisyonu' mütalaa dosya içine konulmadan, Vergi Dairesi Başkanlığı'nın yukarıda anılan yazısı ile yetinilerek davaya devamlı yazılı şekilde karar verilmesi..."(Y19.CD, 13/01/2016, E. 2015/21050, K. 2016/317).

⁸⁵ Mehmet Taştan, "Yanıltıcı Belge", 230.

⁸⁶ "213 sayılı Yasa'nın 367. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kaçakçılık suçunun işlendiğinden haberdar olan C. Savcılığı'nın, hemen ilgili Vergi Dairesi'ni haberdar ederek inceleme yapılmasını istemesi ve kamu davasının açılması hususunun, inceleme sonucunun C.Savcılığı'na bildirilmesine talik olunması gerekirken, suç duyurusunda bulunan mükellefin muhasebecisi olan sanığın sahte fatura düzenlediğine ilişkin şikayet dilekçesi üzerine Defterdarlık veya Gelirler Bölge Müdürlüğünden dava şartı olan mütalaa alınmadan, açılan kamu davasına devamlı suç vasfında yanlışlıkla düşülerek özel belgede sahtecilik suçundan mahkumiyet hükmü kurulması..." (Y11.CD, 14/11/2007, E. 2006/6740, K. 2007/7940); aynı yönde bir karar için bkz. Y11.CD, 22/09/2014, E. 2014/933, K. 2014/15444.

⁸⁷ "CMK'nin 225/2. maddesi gereğince, mahkeme fiilin nitelendirmesinde sevk maddesi ve iddia ile bağlı olmadan, fiilin nitelendirmesini serbestçe yapabileceği; ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.07.2014 tarihli 2012/11-1512 Esas ve 2014/366 Karar sayılı kararında da belirtildiği üzere, "sahte fatura düzenlemek" ve "muhteviyatı itibarıyla sahte fatura düzenlemek" suçlarının nitelikleri farklı olsa da birbirine dönüşebileceği; nitelik değişikliğinde yeniden mütalaa alınmasına gerek olmadığı; somut olayda sahte faturaları düzenlediği iddia edilen mükellef hakkında muhteviyatı itibarı ile sahte fatura düzenlemek suçundan vergi suçu ve vergi tekniği raporları bulunduğu, Mahkemece sanığın eyleminin 213 sayılı Kanun'un 359/b-1. maddesinde düzenlenen sahte

değerlendirmesi sahte fatura kullanma yönünde olursa bu halde fiiller birbirine dönüşmeyeceğinden iddianamede gösterilen ama hakkında mütalaa verilmemiş fiile ilişkin mütalaa verilip verilmeyeceğinin vergi idaresinden sorulması için durma kararı verilmesi gerekecektir⁸⁸.

VIII. DİĞER HUSUSLAR

A. DAVA VE CEZA ZAMANAŞIMI

Her ne kadar Vergi Usul Kanunu içerisinde düzenlenmiş de olsa sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle işlenen kaçakçılık fiillerinin suç olduğu önceden söylenmişti. Yine, bunlara, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanacağı da ifade edilmişti (TCK m. 5). Bu bakımdan Türk Ceza Kanunu'nun 66'ncı maddesindeki dava zamanaşımı ile 68'inci maddesindeki ceza zamanaşımı hükümlerinin, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesindeki sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık suçlarında da uygulanması zorunludur.

Türk Ceza Kanunu'nun 66'ncı maddesinin 1-e bendine bakıldığında beş yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası verilmesini gerektiren suçlar için kamu davasının sekiz yıl geçmekle düşeceği söylenmiştir. O halde, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin a-2 bendinde, on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasının öngörüldüğü muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak fiilleri bakımından dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin b bendine göre sahte belge düzenlemek veya kullanmak fiilleri bakımından ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasının öngörüldüğü dikkate alındığında Türk Ceza Kanunu'nun 66'ncı maddesinin 1-d bendi uyarınca dava zamanaşımı on beş yıl olarak uygulanacaktır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme ya da kullanma suretiyle kaçakçılık suçları için uygulanacak dava zamanaşımı süresi, 102'nci maddenin ilk fıkrasının üç no.lu bendinde

fatura düzenlemek suçunu oluşturduğu, bu itibarla, belgesiz yapılan alım ve hizmetlerin başka bir mükellefin belgesiyle veya sahte belgeyle belgelendirilmesi halinde belgenin gerçek bir muamele veya duruma dayanmadığından sahte olduğunun kabulü gerektiği mahkemece dönüşen suç vasfı nedeni ile sanığa ek savunma hakkı verilerek sahte belge düzenleme suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden hükmün gerekçesi ile hüküm fıkrasındaki sevk maddelerinin farklı gösterilmesi sureti ile hükmün karıştırılması ve sanığa az ceza tayin edilmesi ... bozmayı gerektirmiş, ..." (Y11.CD 12/02/2020, E. 2017/8365 K. 2020/1247).

⁸⁸ "213 sayılı VUK'nın 367. maddesi uyarınca dava şartı olan ...'nin mütalaaasının yalnızca 2007, 2008 ve 2009 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme suçlarına ilişkin olduğu, 2008 takvim yılında sahte fatura kullanma suçundan verilmiş bir mütalaa bulunmadığı anlaşıldığından; belirtilen suçla ilgili mütalaaanın verilip verilmeyeceği Vergi Dairesi Başkanlığından sorularak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, sahte fatura düzenleme ve sahte fatura kullanma suçlarının birbirinden ayrı ve bağımsız suçları oluşturduğu da gözetilmeksizin yazılı şekilde hükümler kurulması, ... bozmayı gerektirmiş, ..." (Y11.CD, 09/07/2018, E. 2018/2684 K. 2018/6353).

on yıllık, dört no.lu bendinde beş yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştü. Eski kanunun, dava zamanaşımı sürelerinin yeni kanuna göre daha lehe olduğu bellidir⁸⁹.

Dava zamanaşımı hakkında söylenebilecek bir diğer husus, Vergi Usul Kanunu'nun 253'üncü maddesinde düzenlenen defter ve belgelerin ibraz süresi ile Türk Ceza Kanunu'nun 66'ncı maddesindeki dava zamanaşımı süresinin birbiri ile uyumlu olmadığıdır. Şöyle ki, Vergi Usul Kanunu'nun 253'üncü maddesinde defter ve belgelerin ait oldukları yılı takip eden takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile saklama zorunluluğu getirilmiştir. Oysa, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak fiilleri bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 66'ncı maddesinin 1-e bendi uyarınca sekiz yıllık; sahte belge düzenlemek veya kullanmak fiilleri bakımından ise Türk Ceza Kanunu'nun 66'ncı maddesinin 1-d bendi uyarınca da on beş yıllık bir dava zamanaşımının söz konusu olacağı hesaba katıldığında beş yıllık zorunlu saklama süresi sonunda defter ve belgelerin imha edilmesi halinde, zamanaşımı süresi içinde, sonraki yıllarda açılacak bir kaçakçılık davasında ispat sorunlarının yaşanabileceği haklı olarak ileri sürülmüştür⁹⁰. Hiç yoksa kaçakçılık suçları bakımından, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi beş yıllık zamanaşımı süresinin getirilmesi daha isabetli olurdu.

Aynı şekilde, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık suçlarına yönelik dava zamanaşımının durması ve kesilmesi konularında da Türk Ceza Kanunu'nun 67'nci maddesi uygulanacaktır.

Ceza zamanaşımı hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 68'inci maddesinde verilen cezaya göre kademeli bir belirlemenin yapıldığı anlaşılmaktadır. Maddenin birinci fıkrasının d bendinde beş yıldan fazla verilen hapis cezalarının yirmi yılın geçmesiyle; e bendinde beş yıla kadar verilen hapis cezalarının ise on yılın geçmesiyle infaz edilemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre sahte belge (VUK m. 359/b) ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı (VUK m. 359/a-2) belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle gerçekleştirilen kaçakçılık fiillerine verilecek cezalar sahte belge için yirmi yılın, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge için on yıl geçmesiyle ceza zamanaşımına uğramış olacaktır.

B. SAHTE VEYA MUHTEVİYATI İTİBARİYLE YANILTICI BELGE DÜZENLEMELİK VEYA KULLANMAK FİİLLERİ SURETİYLE KAÇAKÇILIK SUÇUNDA PİŞMANLIK VE ISLAH

Vergi Usul Kanunu'nun 371'inci maddesi pişmanlık ve ıslah kurumunu düzenlemiştir. Pişmanlık ve ıslah ile, beyana dayanan vergilerde vergi ziyayı cezasını gerektiren fiilleri işleyen vergi mükellefleri ile bunların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin

⁸⁹ "Suç tarihi olan 21.11.2000 günü itibariyle temyiz inceleme gününde suç tarihinde yürürlükte bulunan ve lehe olan 765 sayılı TCK'nun 102/4. ve 104/2. maddelerinde öngörülen zamanaşımı gerçekleşmiş bulunduğundan" (Y7.CD, 09/07/2014, E. 2013/10983, K. 2014/14513); Mehmet Taştan, "Yanıltıcı Belge", 226.

⁹⁰ Mehmet Taştan, "Yanıltıcı Belge", 227.

kanuna aykırı hareketlerini ilgili makamlara kendiliğinden dilekçe ile haber vermeleri halinde belli hal ve şartlarda vergi ziyayı cezası kesilmemesi amaçlanmıştır.

Kanun metninde pişmanlık ve ıslaha başvurulması halinde vergi ziyayı cezası kesilmeyeceği belirtilmişse de, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin beşinci fıkrasında, kaçakçılık fiillerinde bulunanların 371'inci maddedeki şartları sağlayıp durumu ilgili makama bildirmeleri halinde haklarında kaçakçılık suç ve cezasının da uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Bunun gibi, pişmanlık ve ıslah yoluna başvuru, süresiz ve şartsız değildir. Bil-dirim vergi idaresine haber verilmesinden önce resmi kayıtlara geçen bir ihbarın bulunmaması (VUK m. 371/2 b. 1) veya mükellef hakkında vergi incelemesine başlanılmaması ya da olayın takdir komisyonuna intikal ettirilmemesi de gerekmektedir (VUK m. 371/2 b. 2). Ancak Yargıtay, kanun Emniyet Müdürlüğü'nce yapılmış bir tespit olması halinde de Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca beraat kararı verilemeyeceği görüşündedir⁹¹.

Ayrıca pişmanlık ve ıslaha ilişkin tüm şartlar sağlanmadan, bu yola başvur-mak mümkün değildir. Bu bağlamda sadece ek KDV beyannamesinin verilmiş olması yeterli kabul edilmemektedir⁹².

IX. YAPTIRIMLAR

A. HÜRRİYETİ BAĞLAYICI YAPTIRIMLAR

Kaçakçılık suçu, teknik olarak bir ceza olduğu için ceza mahkemesince gerçek-leştirilecek yargılama sonucunda, failin işlediği suçun sabit olması halinde fiilin:

- Sahte belge düzenlemek veya kullanmaksa, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin a-2 bendi uyarınca on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasının uygulanması söz konudur.

⁹¹ "Sanığın 18.4.2001 tarihinde pişmanlık dilekçesini vermeden önce 26.01.2001 tarihinde Emni-yet Müdürlüğünce fiilin tespit edilmiş olması karşısında 213 Sayılı Yasanın 371. maddesinin 1. bendinde yazılı koşulun gerçekleşmediği gözetilerek..." (Y11.CD, 01/11/2004, E. 2003/10305, K. 2004/7987); "213 sayılı Yasanın 359. maddesinde 4369 sayılı Yasayla yapılan değişiklikte getirilen "371. maddedeki pişmanlık sarflarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hak-ında bu madde hükmü uygulanmaz şeklindeki düzenlemenin uygulanabilmesi için aynı Yasanın 371. maddesine gönderme yapıldığı ve bu maddede yer alan "mükellefin keyfiyeti haber verdiği tarihten önce bir muhbir tarafından herhangi bir resmi makama bir ihbarda bulunulmamış olması, dilekçenin vergi incelemesine başlanılmasından veya olay takdir komisyonuna intikal ettirilmeden önce verilmiş olması, hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerinin mükellefin haber verme dilek-çesinin verildiği tarihten başlayarak 15 gün içinde tevdi olunması, eksik veya yanlış yapılan vergi beyanının haber verme tarihinden itibaren 15 gün içinde tamamlanması veya düzeltilmesi, ödeme süresi geçmiş vergilerin faizi ile birlikte 15 gün içinde ödenmesi" koşullarının gerçekleşmesi ge-rektiği..." (Y11.CD, 06/05/2002, E. 2001/7659, K. 2002/3817).

⁹² "...VUK. nun 371. maddesindeki pişmanlık hükümlerinden yararlanmak amacı ile Mart/1996 dö-nemine ait ek KDV beyannamesini vermesinin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için yeterli ol-madığı, anılan maddede yazılı koşulların gerçekleşmediği..." (Y11.CD, 12/02/2002, E. 2002/554, K. 2002/1166).

- Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma ya da düzenlemeyse Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin b bendi uyarınca üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasının uygulanması gündeme gelecektir.

B. VERGİ ZİYAI CEZASININ KESİLMESİ

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin son fıkrası uyarınca kaçakçılık fiili sebebiyle hürriyeti bağlayıcı cezanın uygulanması, aynı kanunun 344'üncü maddesine göre vergi ziyai cezasının uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.

Böyle bir durumda kaçakçılık fiilleri sebebiyle doğan bir vergi kaybı olduğu için vergi ziyai cezasının, fiili işleyenlere üç kat; iştirak edenlere ise bir kat olarak kesilmesi gerekmektedir (VUK m. 344/2). Ancak kaçakçılık suçu işlediğine dair ceza mahkemesince hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan mükellefe, üç kat vergi ziyai cezası kesilmesinin Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Çünkü üç kat vergi ziyai cezası kesilebilmesi için vergi kaybına, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesindeki fiillerle sebebiyet verilmiş olması gerekmektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesi ile kaçakçılık suçunun düzenlendiği ve kaçakçılık suçunu oluşturabilecek bu fiillerin varlığını ya da yokluğunu sadece ceza mahkemesi tespit edecek olması karşısında daha hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü olmayan mükellefe peşinen üç kat vergi ziyai cezasının kesilmesinin anayasaya aykırı olduğu tartışmasızdır. Başka bir deyişle vergi idaresine kaçakçılığı sabit olmayan mükellef hakkında üç kat vergi ziyai tarh etme yetkisinin verilmesi, yargısal yetkilerin idarenin eline bırakılması anlamına gelmektedir. Oysa Anayasa'nın 38'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca mükellefin, vergi kaçakçılığı işlediği hükmen sabit oluncaya kadar, suçlu sayılmasının "masumiyet karinesi"nin de açık bir ihlali olduğundan şüphe bulunmamaktadır. Aksinin kabulü halinde vergi idaresi daha ortada ceza mahkemesince verilen ve kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü yokken, adeta bir mahkeme gibi re'sen hareket ederek üç kat cezalı tarhiyat yapmış olacaktır⁹³.

C. DİĞER SONUÇLARI

Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık suçunun, hürriyeti bağlayıcı ceza ve vergi ziyai cezası kesilmesi dışında bazı sonuçları daha bulunmaktadır⁹⁴.

⁹³ Yusuf Karakoç. *Genel Vergi Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007): 459; Tahsin Torunoğlu, "Vergi Ziyai Kabahati", *Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan*, C. I (2012): 492; Yusuf Karakoç, *Vergi Ceza*, 307.

⁹⁴ Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanmak suretiyle kaçakçılık suçunun diğer sonuçlarına ilişkin açıklamalar için bkz. S. Selman Tunal, "Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Vesikalar Tanzim Eden veya Bunları Bilerek Kullanan Mükellef veya Sorumluların Vergi Usul Kanunu Çerçevesinde Muhatap Olacağı Kanuni Müeyyideler", Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2023, <https://www.vergidunyasi.com.tr/arsiv/makaleler/sahte-ve-muhteviyati-itibariyle-yaniltici-vesikalar-tanzim-eden-veya-bunlari-bilerek-kullanan-mukellef-veya-sorumlularin-vergi-usul-kanunu-cercevesinde-muhatap-olacagi-kanuni-mueyyideler>; Tunay Bakır, "Sahte Belge",

Vergi Usul Kanunu'nun ek 1'inci maddesine göre mükellefin tarhiyat sonrası uzlaşmadan faydalanması mümkün değildir. Yine ek 11'inci maddeye göre kaçakçılık suçunu işleyen mükellef tarhiyat öncesi uzlaşmadan da faydalanamaz.

Katma değer vergisi indirimleri reddedilir (KDVK m. 29 ve 34). Vergi matrahı Vergi Usul Kanunu'nun 30'uncu maddesine göre re'sen tarh edilir.

Kaçakçılık suçunu işleyen mükellef hakkında usulsüzlük ya da özel usulsüzlük cezaları kesilir.

SONUÇ

Vergi mükellefleri veya vergi sorumluları vergi matrahını azaltmak, vergiyi doğuran olayı saklamak, vergi ödememek ya da daha az vergi ödemek gibi amaçlarla kayıt dışı ekonomiye yönelebilmektedir. Bu durum, toplumla, devletle ve özel sektörler ilgili sorunlara neden olmaktadır.

Bunu önlemek için Vergi Usul Kanunu'nda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Yapılan düzenlemelerin bir bölümü vergisel kabahatler, diğer bir bölümü ise suç ve cezaları şeklindedir.

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde düzenlenen pek çok fiil, vergi kaçakçılığı suçuna sebebiyet veren haller olarak düzenlenmiştir.

İş bu çalışmanın konusunu oluşturan sahte (VUK m. 359/b) veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge (VUK m. 359/a-2) düzenlenmesi veya kullanılması fiilleri de Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçuna sebebiyet veren fiiller olarak düzenlenmiştir.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte, bu muamele ya da durumu mahiyet ya da miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir. Sahte belge ise, gerçek bir muamele ya da durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belgedir.

Gerek sahte belgede, gerekse muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin düzenlenmesi ile suç tamamlanır. Yani, kanunda belirtilen hareketin yapılması ile suç tamamlanacağından ani ve şekli suçlardan olup düzenleme fiili yönünden teşebbüs mümkün olmayacaktır. Suçun gerçekleşmesi bakımından herhangi bir vergi kaybı aranmadığından aynı zamanda tehlike suçlarındandır. Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma bakımından ise, defterlere kayıt tek başına yetmemekte, sahte belgenin, beyannamede gösterilmesi ve bu beyannamenin vergi dairesine verilmesi gerekmektedir. Bu tarihte, kullanma gerçekleşmiş sayılmaktadır. Bu yönüyle sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma bakımından teşebbüs mümkün hale gelmektedir. Düzenlenme veya kullanma fiillerinin bir arada bulunması şart değildir.

107 vd.; Mahmut Talay, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2023, <https://portal.yaklasim.com/makale/2018-2/sahte-ve-muhteviyati-itibariyle-yaniltici-belge-duzenleme-veya-kullaniminda-olasi-maliye-cezai-yukumlulukler-e-yaklasim?term=sahte%20ve%20muhteviyat%C4%B1%20itibariyle>.

Olmayan bir belgenin sahte olarak düzenlenmesi mümkün olduğu gibi, belgenin aslı ya da sureti üzerinde de sahtecilik yapılması mümkündür. Belgenin tamamı sahte olarak düzenlenebileceği gibi kısmen de sahte olarak düzenlenebilir. Ayrıca sahte belgenin, vergisel işlemlerde kullanılma üzere düzenlenmesi gerekir. Vergisel işlemlerde kullanılacağından, belgenin bütün unsurlarının tamam olması lazımdır. Bu yüzden Vergi Usul Kanunu'nun 227'nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca düzenlenmemiş sayılan belgelerin sahte olduğundan bahsedilemez.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele ya da duruma dayanmakla beraber, düzenlenen belgenin miktar veya mahiyet itibariyle gerçeğe aykırı nitelik taşıması gerekir. Düzenlenen belge, "Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik" hükümlerine uygun bir şekilde basılmış olmalıdır. Belgeyi düzenleyen ya da belgeyi kullanan kişinin, vergi mükellefi olması gerekir. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin, mal ya da hizmet alışverişi esnasında düzenlenmelidir. İşlemden sonraki değişiklikler, "tahrifat" sayılır ki, bu husus madde içerisinde suçun oluşumuna sebebiyet veren ayrı bir fiil olarak düzenlenmiştir. Ayrıca muhteviyatı itibariyle yanıltıcı bir şekilde düzenlenecek belgeler, Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesi ile Maliye Bakanlığı'na verilen yetki uyarınca tutulma zorunluluğu getirilen belgeler ve aynı kanunun düzenlenerek saklama ve ibraz mecburiyeti getirdiği belgelerdir.

Sahte belge ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi ayırt etmenin mümkün olmadığı hallerde "şüpheden sanık" yararlanmalıdır.

4369 sayılı Kanun ile değişmeden önce kaçakçılık suçunun düzenlendiği Vergi Usul Kanunu'nun 344'üncü maddesinde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenen belgelerin bilerek kullanılması aranmaktaydı. Değişiklik sonrası, "bilerek" ibaresi kaldırıldığından, suçun manevi unsuru hakkında çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Ancak, "bilerek" ibaresi yer almasa bile genel kastın uygulanması gerekli ve yeterlidir.

Suçun faili, vergi mükellefi, vergi sorumlusu, vergi mükellefi ile vergi sorumlusunun usulüne göre görevlendirdiği kişiler, tüzel kişilerin yasal temsilcileri, tüzel kişiliği bulunmayanların idareci veya temsilcileri, adi şirket ortaklarının her biri ya da bu konudaki yetkilileridir. Ancak sahte belge düzenleme fiili vergi mükellefi kişilerce gerçekleştirilebileceği gibi vergi mükellefi olmayan kişilerce de gerçekleştirilebilir.

Fiilin faili olabilecek kişilere bakıldığı zaman, cezaların şahsiliği ilkesi ile çelişmediği görülmektedir.

Vergi Usul Kanunu'nda düzenleme ve ibraz zorunluluğu getirilen belgeler, özel belge mahiyetindedir. Her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun 207'nci maddesinde özel belgede sahtecilik suçu düzenlenmiş de olsa, vergisel sahteciliklerde daha detaylı düzenlemeler getiren Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesi-

nin uygulanması gerekmektedir. Bunun gibi hem Vergi Usul Kanunu hem de Türk Ceza Kanunu'nda sahtecilikle ilgili düzenleme yapıldığından, Türk Ceza Kanunu'nun 212'nci maddesi uyarınca her iki hükmün birlikte uygulanması mümkün değildir.

İştirak konusunda Vergi Usul Kanunu'nun, 360'ıncı maddesi yeni bir düzenleme getirmiştir. "Cezadan indirim" başlıklı Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesine göre suçun işlenmesine iştirak eden suç ortaklarının menfaatlerinin bulunmaması halinde Türk Ceza Kanunundaki suçta iştirak hükümleri uyarınca verilecek cezanın yarısının indirileceği düzenlenmiştir.

Vergi Usul Kanunu'nun 340'ıncı maddesine göre vergi ziyayı cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359'uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezaların içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise vergi cezasını gerektiren fiillerin aynı zamanda Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesine göre suç teşkil etmesi halinde, bu suçlara ilişkin ceza kesilmesi, 359'uncu maddeye ilişkin fiiller sebebiyle takibat yapılmasına engel teşkil etmeyecektir. Vergi Usul Kanunu'nun 367'nci maddenin dördüncü fıkrasına göre de, 359'uncu maddeye göre cezaya hükmedilmesi, vergi ziyayı veya usulsüzlük cezalarının kesilmesine engel teşkil etmeyecektir.

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde fiiller ile ne kadar suç işlenmişse, gerçek içtima kuralları gereğince o kadar cezaya hükmolunması gerekmektedir.

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesine eklenen dokuzuncu madde hükmü ile Yargıtay'ın ayrı vergilendirme dönemlerinin ayrı suç kabul eden görüşünden dönülerek 359'uncu maddedeki fiillerin birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanunu'nun 43'üncü maddesindeki zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Yeni düzenleme bu şekilde olmakla beraber, düzenleme öncesi dönem Yargıtay uygulamasında olduğu gibi hukuki veya fiili kesintinin varlığının kabulü halinde gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

Vergi Usul Kanunu'nun 367'nci maddesine göre, kaçakçılık sebebiyle ceza davasının açılabilmesi için ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasının alınması gerekmektedir (VUK m. 367). Mütalaa şartı, aynı zamanda bir kovuşturma şartıdır. Birbirine dönüşebilen fiillerin varlığı tespit edilirse, sanığa ek savunma hakkı verilmeli, aksi halde durma kararı verilerek mütalaanın verilip verilmeyeceği vergi idaresinden sorulmalıdır. Yürütülen bir soruşturma kapsamında kaçakçılık suçunun işlendiğine dair şüphelerin ortaya çıkması halinde ise, ilgili vergi dairesi durumdan haberdar edilerek, herhangi bir kaçakçılık fiilinin olup olmadığı hususunda vergi incelemesi yapılması talep edilmelidir (VUK m. 367/2). Cevap gelinceye kadar da, kamu davasının açılması talik olunacaktır (VUK m. 367/3).

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin a-2 bendinde, on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasının öngörüldüğü muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak fiilleri bakımından dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin b bendine göre sahte belge düzenlemek veya kullanmak fiilleri bakımından ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasının öngörüldüğü dikkate alındığında Türk Ceza Kanunu'nun 66'ncı maddesinin 1-d bendi uyarınca dava zamanaşımı on beş yıl olarak uygulanacaktır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102'nci maddesinin ilk fıkrasının üç no.lu bendinde on yıllık, dört no.lu bendinde beş yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştü. Eski düzenleme, daha lehedir.

Defter ve belgeleri saklama süresinin beş yıl olarak düzenlendiği hesaba katıldığında, sekiz ve on beş yıl olan dava zamanaşımı süresi açılacak davalarda ispat sorunlarına sebep olacaktır.

Yine sahte belge (VUK m. 359/b) ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı (VUK m. 359/a-2) belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle gerçekleştirilen kaçakçılık fiillerine verilecek cezalar sahte belge için yirmi yıl, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge için on yıl içinde infaz edilmesi gerekmektedir (TCK m. 68).

Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle kaçakçılık suçunu işleyen vergi mükellefi ile buna iştirak edenlere, Vergi Usul Kanunu'nun 371'inci maddesindeki pişmanlık ve ıslah yoluna başvurarak sebep oldukları vergi kaybını bildirmeleri ve maddedeki diğer şartları sağlamaları halinde haklarında kaçakçılık suçundan ceza verilmeyecektir (VUK m. 359/2).

Gerçekleştirilecek yargılama sonunda sahte belge düzenledikleri/kullandıkları sabit olanlar hakkında Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin a-2 bendi uyarınca on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasının uygulanması söz konudur. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme/kullanma fiilleri sabit olanlar hakkında ise Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin b bendi uyarınca üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasının uygulanması gündeme gelecektir.

Kaçakçılık suçunun aynı zamanda vergi kaybına sebebiyet vermesi halinde kesilecek vergi ziyayı, cezası suçun failleri hakkında üç kat; iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanacaktır. Daha hakkında kaçakçılık suçu işlediği kesinleşmiş bir mahkeme ilamı ile sabit olmayanlara, üç kat vergi ziyayı cezasının kesilmesi, hem Anayasaya hem de masumiyet karinesine aykırıdır.

Bunun gibi kaçakçılık suçunun işlenmesinin, tarhiyat öncesi ve sonrası uzlaşmaya başvuramama (VUK m. ek 1; ek 11), verginin re'sen tarhı (VUK m. 30), Katma değer vergisi indirimleri reddi (KDVK m. 29 ve 34); usulsüzlük ya da özel usulsüzlük cezalarının kesilmesi gibi başka sonuçları da bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Ağar, Serkan. “Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları”. *TBB Dergisi*, 58 (2005): 273-301.
- Arslan, Mehmet. *Vergi Hukuku*, İstanbul: Marmara Kitap Merkezi, 2011.
- Aslanpınar, Burak. *TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Bakır, Tunay. “Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleyen ve Kullanılana Uygulanacak Cezalar ve Özellik Arzeden Durumlar”. *Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi*, S. 2 (2004): 103-110.
- Baykara, Bekir. “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Kast Unsuru 4369 Sayılı Kanunla Kaldırıldı mı?”, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2023, http://www.bekirbaykara.av.tr/dosya/pdf/Vergi_Kacakciliginda_Kast_Kaldirildi_mi_1209.pdf.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin. “Vergi Kaçakçılık Suçlarına Teşebbüs”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 37 10(2019): 1-23.
- Bilici, Nurettin. *Vergi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınları, 2013.
- Candan, Turgut. *Vergi Suçları ve Cezaları*. İstanbul: Süryay Yayınları, 2004.
- Çakmakçı, Ali ve Köseer, Semra. *213 sayılı VUK ve 5237 Sayılı TCK'ya göre Sahte Belge ve Vergi Kaçakçılık Suçları*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2005.
- Gören, Ömer. “Vergi Ceza Hukukunda İştirak”. *Ankara Barosu Dergisi*, 2, (2013): 359-368.
- Kaneti, Selim. “Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi”, Erişim Tarihi: Nisan 26, 2023, <http://www.vergidunyasi.com.tr/arsiv/makaleler/vergi-hukukunda-ekonomik-yaklasim-ilkesi>.
- Karakoç, Yusuf. “Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü”. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 69, 1996.
- Karakoç, Yusuf. *Genel Vergi Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Karakoç, Yusuf. *Vergi Ceza Hukuku*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Kızılot, Şükrü ve Kızılot, Zuhul. *Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları*, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2010.
- Köşşekoğlu, Abdullah. “Vergi Usul Kanunu'nun 359/b Maddesinde Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu”. *Adalet Dergisi*, 39 (2011): 1-23.
- Mercimek, Fulya ve Gerçek, Adnan. “Vergi Kaçakçılığı Suçuna İştirak ve Cezai Sorumluluk”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 14 (2013): 191-228.
- Mutluer, M. Kamil. *Vergi Genel Hukuku*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Ok, Nuri ve Gündel, Ahmet. *Açıklamalı İçtihatlı Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.
- Öğütçü, Burhan. “Vergi İnceleme Raporu ve Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge”. *İstanbul Barosu Dergisi Özel Sayısı*, (2008): 125-146.

- Öncel, Mualla; Çağan, Nami ve Kumrulu, Ahmet. *Vergi Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000.
- Özcan, Onur. *Vergi Suçları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.
- Sarıcaoğlu, Ercan. *Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Sümer, Seda Yağmur. “Kanunilik İlkesi Bağlamında Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçlarının Manevi Unsur”. *Ankara Barosu Dergisi*, S. 81 1(2023): 149-212.
- Şen, Ersan. “Vergi Kaçakçılığında Belge Sahteciliği”, Erişim Tarihi: Ekim 29, 2016, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1366410-vergi-kacakciliginde-belge-sahteciligi>.
- Şenyüz, Doğan. *Vergi Ceza Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınları, 2008.
- Talay, Mahmut. “Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanımında Olası Mali ve Cezai Yükümlülükler”, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2023, <https://portal.yaklasim.com/makale/2018-2/sahte-ve-muhteviyati-itibariyle-yaniltici-belge-duzenleme-veya-kullaniminda-olasi-mali-ve-cezai-yukumlulukler-e-yaklasim?term=sahte%20ve%20muhteviyat%C4%B1%20itibariyle>.
- Taşdelen, Aziz. *Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Taştan, Mehmet. “Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçu”. *Adalet Dergisi* (2014): 208-233.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Rıfat Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2006.
- Torunoğlu, Tahsin. “Vergi Ziyat Kabahati”. *Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan*, C. I (2012): 477-544.
- Tünel, S. Selman. “Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Vesikalar Tanzim Eden veya Bunları Bilerek Kullanan Mükellef veya Sorumluların Vergi Usul Kanunu Çerçevesinde Muhafap Olacağı Kanuni Müeyyideler”, Erişim Tarihi: Ağustos 26, 2023, <https://www.vergidunyasi.com.tr/arsiv/makaleler/sahte-ve-muhteviyati-itibariyle-yaniltici-vesikalar-tanzim-eden-veya-bunlari-bilerek-kullanan-mukellef-veya-sorumlularin-vergi-usul-kanunu-cercevesinde-muhafap-olacagi-kanuni-mueyyideler>.
- Uğur, Hüsamettin. “Vergi Suçlarının Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)”. *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 88 (2013): 34-43.
- Ünal, Oğuz Kürşat. “Sahte Fatura ve Faturadan Doğan Sorumluluklar”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 10 1-2 (2006): 1-32.
- Yiğit, Uğur. *Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*. İstanbul: Beta Yayınları, 2004.
- Yüce, Mehmet. *Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

ENFLASYONA DİRENEN YAPTIRIM: TÜRK CEZA HUKUKUNDA DÜZENLENEN ADLİ PARA CEZASININ REEL DEĞERİNİN AZALMASI ÜZERİNE KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME^(*)

Çağrı Tuğşat KEMALOĞLU^(**)

Öz

Gün para cezası sistemini benimseyen Türk Ceza Kanunu'nun ("TCK") yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar, adli para cezasının düzenlendiği 52. maddedeki alt ve üst sınır miktarlarında herhangi bir güncelleme yapılmamıştır. Ülkemizde ise özellikle son yıllarda yaşanan enflasyon artışının bir sonucu olarak Türk Lirası oldukça fazla değer kaybetmiştir. Her ne kadar adli para cezası, hapis cezasının doğuracağı muhtemel sakıncaları önlemek amacıyla daha hafif suçlar için öngörülmuş bir yaptırım türü olsa da 1 gün karşılığı öngörülen adli para cezasının reel değerindeki dramatik düşüşün, yıllar içinde adli para cezasının etkinliğini ve caydırıcılığını yitirmesine sebep olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İfade etmek gerekir ki 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının alt ve üst sınırı arasındaki fark da oldukça düşüktür. Bu durum, adli para cezasının bireyselleştirilmesini zorlaştırmakta, ekonomik gücü yüksek olan bir fail aleyhine hükmedilecek adli para cezası ile ekonomik gücü düşük olan bir fail aleyhine hükmedilecek adli para cezası arasında adil bir fark olmasına izin vermemektedir. TCK'da 1 gün karşılığı öngörülen adli para cezası miktarının üst sınırı alt sınırının 5 katı iken; adli para cezasına ilişkin kanuni düzenlemeleri çalışmamıza konu olan ülkelerden Almanya'da 30.000 katı, Avusturya'da 1250 katı, İsviçre'de 300 katıdır. Sonuç adli para cezasının miktarı ayrıca tespit edilecek gün unsuruna bağlı olsa da karşılaştırma yapılan neredeyse her ülkedeki 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının alt ve üst sınırları arasındaki makas aralığının TCK'ya kıyasla oldukça geniş olması dikkat çekicidir.

Anahtar Kelimeler

Adli Para Cezası, Gün Para Cezası Sistemi, Enflasyon, Tüketici Fiyat Endeksi (TÜFE), Kanunilik İlkesi.

INFLATION-RESISTING SANCTION: A COMPARATIVE ANALYSIS ON THE DECREASE IN THE REAL VALUE OF THE JUDICIAL FINE REGULATED IN THE TURKISH CRIMINAL LAW

Abstract

Since the entry into force of the Turkish Criminal Code ("TCC"), which adopts the day-fine system, there has been no update in the lower and upper limits in Article 52, which regulates the judicial fine. However, the Turkish Lira has depreciated considerably because of the increase in inflation in recent years. Although the judicial fine is a type of

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 07.11.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 05.12.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1387608.

Bu çalışma - Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. kuruluş yılı dönümü vesilesiyle - her vatandaşına kendini gerçekleştirebilme imkânı sunan Cumhuriyet'e ve onun kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk ile silah arkadaşlarına ithaf edilmiştir.

(**) LL. M. (Hamburg), Hamburg Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi / Hamburg, Almanya.

E-posta: ctkemaloglu@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9091-1726>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

sanction anticipated to prevent the possible drawbacks of imprisonment for less serious offenses, it would not be wrong to say that the dramatic decrease in the real value of the amount of the judicial fine for one day has caused the judicial fine to lose its effectiveness and deterrence over the years.

It should be noted that the difference between the lower and upper limit of the judicial fine for one day is also quite low. This makes it difficult to individualize the judicial fine and does not allow for a fair difference between the judicial fines to be imposed against a perpetrator with a high economic power and one with low economic power. While the upper limit of the amount of judicial fine foreseen for one day in the TCC is five times the lower limit, it is 30.000 times in Germany, 1250 times in Austria, 300 times in Switzerland, among the countries whose legal regulations on judicial fines are the subject of our study. Although the amount of the final judicial fine also depends on the day element to be set, it is noteworthy that the gap between the lower and upper limits of the amount of judicial fine for one day in almost every studied country is wider in comparison to the TCC.

Keywords

Judicial Fine, Day-Fine System, Inflation, Consumer Price Index (CPI), Principle of Legality.

Extended Abstract

Since the entry into force of the TCC, which adopts the day-fine system, there has been no update in the lower and upper limits in Article 52, which regulates the judicial fine. However, the Turkish Lira has depreciated considerably because of the increase in inflation in recent years. Although the judicial fine is a type of sanction anticipated to prevent the possible drawbacks of imprisonment for less serious offenses, it would not be wrong to say that the dramatic decrease in the real value of the amount of the judicial fine for one day has caused the judicial fine to lose its effectiveness and deterrence over the years.

It should be noted that the difference between the lower and upper limit of the judicial fine for one day is also quite low. This makes it difficult to individualize the judicial fine and does not allow for a fair difference between the judicial fines to be imposed against a perpetrator with a high economic power and one with low economic power. While the upper limit of the amount of judicial fine foreseen for one day in the TCC is five times the lower limit, it is 30.000 times in Germany, 1250 times in Austria, 300 times in Switzerland, among the countries whose legal regulations on judicial fines are the subject of our study. Although the amount of the final judicial fine also depends on the day element to be set, it is noteworthy that the gap between the lower and upper limits of the amount of judicial fine for one day in almost every studied country is wider in comparison to the TCC.

In addition to the fact that judicial fines have significantly lost their deterrence, imprisonment sentences have also lost their effectiveness and deterrence due to the amendments made in the Law No. 5275 on the Execution of Penalties and Security Measures ("Execution Law"), especially in recent years, regarding the execution regime of prison sentences. Thus, it can be said that both types of criminal sanctions stipulated in the TCC have become ineffective, at least except for crimes that require relatively high prison sentences. To give an example: From the date of entry into force of the TCC until October 2023, the cumulative Consumer Price Index ("CPI") increased by 1347,68%. On the other hand, the value in U.S. Dollar of the maximum judicial fine that could be imposed on the date of entry into force of the TCC - considering the cumulative CPI increase in the USA - decreased by approximately 1 in 32 in the same period. However, during this period, the upper limit of the judicial fine equivalent to one day has not been updated.

To provide a solution to the problem, it is essential to increase the upper limit of the amount of judicial fine for one day to a level suitable for today's economic conditions with a legal regulation considering the rate of increase in the CPI. Moreover, it is certain that the upper limit that is to be re-determined according to the cumulative CPI increase rate will lose its value again due to inflation in the next few years. Therefore, by considering the cumulative CPI increase rate, but also by making an increase above this rate, it will be possible to break the negative effect of the dramatic decrease in the value of the Turkish Lira caused by inflation on the judicial fine and the effectiveness and deterrence of this sanction can be re-established.

This study aims to draw attention to the extent to which the judicial fine sanction regulated in the TCC has lost its real value due to inflation and to encourage the legislator to solve this problem, which we believe has a negative impact on the criminal justice system. For this purpose, the regulations on judicial fines in Germany, Austria, Switzerland, Sweden and Spain will be examined in outline. The reason for the preference of these countries is that the day-fine system is also accepted in their respective criminal codes as it is in the TCC.

Furthermore, in the face of the fact that it is not usual to have so much numerical information in an article on criminal law, to make it more comprehensible for the reader, the numerical data in both the TCC and the judicial fine regulations in the abovementioned countries are also presented via a table. Apart from these data, alternative answers to the question of “*What would both the upper limit in question and the total amount of the fine calculated accordingly be today if the upper limit of the judicial fine for 1 day stipulated in the TCC had been calculated according to the various indices above?*” have also been tabulated.

GİRİŞ

Yürürlüğe girdiği 1.6.2005 tarihinden günümüze kadar, adli para cezasının düzenlendiği 5237 sayılı TCK m. 52 hükmünde 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının alt ve üst sınırlarında herhangi bir güncelleme yapılmamıştır. Ancak ülkemizde özellikle son yıllarda yaşanan yüksek enflasyon artışlarının bir sonucu olarak Türk Lirası oldukça fazla değer kaybetmiştir. Türkiye İstatistik Kurumu (“TÜİK”) verilerine göre TCK’nın yürürlüğe girdiği Haziran 2005 tarihinde TÜFE 116,81 iken, bu tarihin üzerinden geçen 18 yılın ardından Haziran 2023’te TÜFE 1351,69 olmuştur¹. Diğer bir ifadeyle Haziran 2005 tarihinden Haziran 2023 tarihine kadar geçen sürede birikimli TÜFE artış oranı yaklaşık %1057,08’dir. Buna göre Haziran 2005’teki 100 TL’nin TÜİK’in 18 yıllık birikimli TÜFE artış oranı verisine göre Haziran 2023’teki karşılığı yaklaşık 1157² TL’dir.

Öte yandan TCK’nın yürürlüğe girdiği 1.6.2005’te kural olarak en fazla 73.000 TL tutarında adli para cezasına hükmedilebilirdi ve bu tarihte 1 Amerika Birleşik Devletleri (“ABD”) dolarının Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (“TCMB”) tarafından ilan edilen efektif alış fiyatı 1,35 TL idi³. Buna göre TCK m. 52 uyarınca kural ve teorik olarak hükmedilebilecek en yüksek adli para cezası miktarı olan 73.000 TL’nin TCK’nın yürürlüğe girdiği tarihteki ABD doları cinsinden karşılığı yaklaşık 54.074 ABD dolarıdır. Aradan geçen 18 yıldan fazla süreye ve ülkemizde bu sürenin özellikle son 3 yılının yüksek enflasyon ile geçmesine rağmen günümüzde adli para cezası kural olarak yine en fazla 73.000 TL olarak uygulanmaktadır. Bu miktarın, 1 ABD Doları’nın TCMB tarafından ilan edilen efektif alış fiyatının yaklaşık 27,38 TL olduğu⁴ 2.10.2023 tarihi itibarıyla ABD doları cinsinden karşılığı ise yaklaşık 2.666 ABD dolarıdır.

İfade etmek gerekir ki “kural olarak” ifadesini tercih etmemizin sebebi, her ne kadar TCK’da gün para cezası sistemi kabul edilmişse de⁵ bazı suçlar için öngörülen

¹ Çalışmada TÜFE hesabında dikkate alınan veriler TÜİK’in “Tüketici fiyat endeksi ve değişim oranları” isimli tablosundan edinilmiştir. Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=enflasyon-ve-fiyat-106&dil=1> (“İstatistiksel Tablolara” sekmesinden ilgili tabloya erişilebilir).

² Metni sadeleştirme gayesiyle virgülden önceki kısım en az 4 basamaklı olan para miktarlarında; virgülden sonraki 0,5’ten küçük ondalık sayılar en yakın alt tam sayıya, 0,5 ve üzeri ondalık sayılar ise en yakın üst tam sayıya yuvarlanmıştır.

³ Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.tcmb.gov.tr/kurlar/200506/01062005.xml>.

⁴ Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.tcmb.gov.tr/kurlar/202310/02102023.xml>.

⁵ Para cezası sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tarık Polat Işoğlu, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Adli Para Cezası* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 128 vd.; İzzet Özgenç, *Türk*

adli para cezalarında gün para cezası sisteminden farklı veya buna ek olarak nispi para cezası türünün de esas alınmış olması ve bazı suç tiplerinde TCK m. 52/1 hükmünden ayrılarak farklı gün miktarlarının öngörülmüş olmasıdır. Bu bağlamda TCK m. 158/1 2. cümle hükmü ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 160'ta düzenlenen "Zimmet" suçu karşılığında öngörülen adli para cezaları örnek olarak gösterilebilir⁶. Ancak vurulamak gerekir ki çalışmamızın amacı ayrıntılı olarak para cezası sistemlerini incelemek değil, TCK'da düzenlenen adli para cezası yaptırımının enflasyon karşısında reel değerini ne ölçüde yitirdiğine dikkat çekmek ve kanun koyucuyu ceza adaleti sistemini olumsuz anlamda etkilediğini düşündüğümüz bu sorunun çözümü için düzenleme yapmaya teşvik etmektir. Bu amaca matuf olarak Almanya, Avusturya, İsviçre, İsveç ve İspanya'da adli para cezası düzenlemeleri ana hatlarıyla incelenecektir. Bu ülkelerin tercih edilmesindeki sebep ise gün para cezası sistemini kabul etmiş olmalarıdır. Çalışmada adli para cezası düzenlemeleri karşılaştırma konusu yapılan ülkelerin para birimleri arasında yeknesaklığı sağlamak amacıyla hesaplamalar - her ne kadar son çeyrek asırda küresel rezervlerdeki payı azalmış olsa da⁷ - günümüzde küresel olarak en yaygın rezerv para birimi olan⁸ ABD dolarına göre yapılmıştır⁹.

I. ADLİ PARA CEZASININ AMACI VE CAYDIRICILIĞI

Adli para cezası, sanığın hapis cezasının infazından sonra karşılaştığı topluma tekrar entegre olma, dışlanma ve damgalanma gibi sorunları gidermek amacıyla, haksızlık içeriği düşük hafif suçlar için hapis cezasına alternatif olarak öngörülmüş bir yaptırımdır¹⁰. TCK m. 52 hükmü gerekçesinde de belirtildiği üzere, TCK'da kabul edilen para cezası sistemi olan gün para cezası sistemiyle hedeflenen, "*para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir*"¹¹. Bu amaçlardır ki gün para cezası sisteminde hâkim veya mahkeme bir taraftan adli para cezası tam gün sayısını kanunda öngörülen alt ve üst

Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 903 vd.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 633 vd.; Mahmut Koca ve İhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 646.

⁶ Özgenç, 905 vd.; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 647.

⁷ Serkan Arslanalp, Barry Eichengreen ve Chima Simpson-Bell, "The Stealth Erosion of Dollar Dominance: Active Diversifiers and the Rise of Nontraditional Reserve Currencies", *Working Paper, International Monetary Fund* 58 (2022): 5 vd.

⁸ IMF Currency Composition of Official Foreign Exchange Reserves (COFER), Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023. <https://data.imf.org/?sk=e6a5f467-c14b-4aa8-9f6d-5a09ec4e62a4>.

⁹ ABD Doları dışındaki yabancı para birimleri ABD Doları'na çevrilirken 2.10.2023 tarihinde TCMB tarafından ilan edilen gösterge niteliğindeki USD/TRY efektif alış kuru ile EUR/USD, USD/CHF ve USD/SEK çapraz kurları dikkate alınmıştır. Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.tcmb.gov.tr/kurlar/202310/02102023.xml>.

¹⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 900; Bernd-Dieter Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Auflage (Berlin: Springer, 2019), 64; Para cezasının leh ve aleyhindeki görüşler için bkz. Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 652 vd.

¹¹ TBMM Adalet Komisyonu Raporu, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı 664.

sınırlar arasında TCK m. 61'e göre belirleme, diğer taraftan ise failin ekonomik ve diğer şahsi hâllerini¹² de göz önünde bulundurarak 1 gün karşılığı adli para cezası miktarını tayin etme yetkisini haizdir¹³. Bu yetki de ceza belirlenirken her fail özeline bireyselleştirme yapılmasına imkân sağlamaktadır. Ancak bu durum; aynı suç, aynı kast yoğunluğu, araç, amaç ve saikle işlemiş 2 kişi hakkında, salt gelir düzeyleri ve ekonomik güçleri farklı olduğu için farklı adli para cezası miktarları belirlenmesi gibi bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Gelir düzeyleri ve ekonomik güçleri farklı olan kişiler, hapis cezasına mahkûm edilecek olsalardı TCK m. 61/1'e göre temel ceza belirlenirken işledikleri suç ile aralarındaki münasebete dair ne varsa aynı olduğu için neredeyse aynı temel hapis cezasına mahkûm edileceklerken; adli para cezası öngörülen bir suç söz konusu olduğunda bu kişilerin gelir düzeyleri ve ekonomik hâllerindeki farklılık nedeniyle haklarında farklı mahkûmiyet hükümleri kurulması, eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁴.

Öte yandan, her ne kadar adli para cezası haksızlık içeriği düşük hafif suçlar için hapis cezasının doğuracağı muhtemel sakıncaları önlemek için öngörülmuş bir yaptırım türü olsa da¹⁵ 1 gün karşılığı öngörülen adli para cezası miktarının reel değerindeki dramatik düşüşün yıllar içinde adli para cezasının etkinliğini ve caydırıcılığını yitirmesine sebep olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Öyle ki gelir düzeyi yüksek olan varlıklı bir kimse için Türk ceza hukuku sisteminde adli ceza niteliğinde yaptırım türü olarak - *fiilî anlamda* - sadece hapis cezası kalmıştır denilebilir. Hâlbuki bu fiilî durum, TCK m. 52 gerekçesinde ifade edilen, gün para cezası sisteminin “[...] *para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermek [...]*”¹⁶ şeklindeki temel amacıyla da çelişmekte ve tersine, suç işleyen “zenginler” lehine avantajlı bir durum yaratmaktadır. Diğer taraftan, adli para cezasıyla ulaşılmak istenen bir diğer amaç, bir süreliğine de olsa failin ekonomik gücünün ve bununla bağlantılı olarak sahip olduğu yaşam kalitesinin sınırlandırılmasıdır¹⁷.

¹² “Diğer şahsi hâller” kavramıyla kastedilen failin bakmakla yükümlü olduğu kimsenin bulunup bulunmadığı, nafaka yükümlülüğü altında olup olmadığı gibi hususlardır. Demirbaş, *Genel Hükümler*, 658; Özgenç, *Genel Hükümler*, 1034.

¹³ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 648, 721; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 657; Özgenç, *Genel Hükümler*, 903, 1032 vd.; Karşl. Andreas Grube, *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar. 4. Band: §§ 38 bis 55*, ed. Gabriele Cirener vd., 13. Auflage (Berlin: De Gruyter, 2020), Vor. § 40 kn. 51 vd.

¹⁴ Hans-Jörg Albrecht, *NK-StGB*, ed. Urs Kindhäuser vd., 6. Auflage (Baden-Baden: Nomos, 2023), § 40 kn. 11; Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 64 vd.; Gabriele Kett-Straub ve Hans Kudlich, *Sanktionenrecht* (München: C.H.Beck, 2017), 73 vd.

¹⁵ Özgenç, *Genel Hükümler*, 900; Martin Heger, *Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar*, ed. Kristian Kühl, 30. Auflage (München: C.H.Beck, 2023), § 40 kn. 1; Frank Saliger, *NK-StGB*, ed. Urs Kindhäuser vd., 6. Auflage (Baden-Baden: Nomos, 2023), § 40 kn. 7.

¹⁶ TBMM Adalet Komisyonu Raporu, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı 664.

¹⁷ Heinz Zipf, “Zur Ausgestaltung der Geldstrafe im kommenden Strafrecht”, *ZStW* 77 (1965): 537; Saliger, *NK-StGB*, § 40 kn. 7; Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 64; Karşl. Gerhard Grebing, “Recht und Praxis der Tagessatz-Geldstrafe”, *JuristenZeitung* 31, S. 23/24 (1976): 749.

Ancak, adli para cezası miktarlarının reel değerinde yaşanan değer kaybı, adli para cezasının bu amacına ulaşılmasını da engellemektedir.

Adli para cezasının bu çalışmada ortaya konulmaya çalışılacak olan sebepler nedeniyle caydırıcılığını yitirdiği gerçeği yanında, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da ("İnfaz Kanunu") özellikle son yıllarda yapılan hapis cezasının infazı rejimine ilişkin düzenlemeler nedeniyle hapis cezalarının da etkinliğini ve caydırıcılığını yitirdiğini; böylece TCK'da öngörülen ceza niteliğindeki her iki yaptırım türünün de en azından görece daha yüksek hapis cezası gerektiren suçlar dışında etkisiz hâle geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır¹⁸. Oysa ceza huku-ku yaptırımlarıyla ulaşılacak istenen; failin işlediği suç ile orantılı bir cezaya mahkûm edilmesi, bu cezanın etkili bir şekilde infazının gerçekleştirilmesi suretiyle faile bir uyarıda bulunulması ve işlediği suçtan dolayı pişmanlık duymasının sağlanmasıdır¹⁹. Keza öğretide; özellikle yaptırım olarak para cezasının öngörüldüğü suçlarda cezanın toplumun geneli üzerinde bir caydırıcılık etkisi yaratmasının umulması olarak ifade edilebilecek genel önleme amacının²⁰ yanında ve fakat bu amaçtan ziyade, doğrudan faile etki etme ve onu tekrar suç işlemekten alıkoyma amacının olduğu ve böylece öncelikli olarak bir özel önleme amacının güdüldüğü ileri sürülmektedir²¹.

Yukarıda bahsedildiği üzere adli para cezası haksızlık içeriği daha az olan suçlar için ağır ve telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğuran hapis cezasına alternatif bir yaptırım türü olarak kabul edilmiştir²². Ancak düşük miktarlardaki adli para cezalarının uygulanmasıyla ve özellikle Türk Lirası'nın değerinde yaşanan azımsanmayacak miktardaki kayıpla birlikte adli para cezasının söz konusu özel önleme amacına ulaşamayacağı açıktır. Öte yandan, adli para cezası ne de olsa daha ziyade haksızlık içeriği az olan suçlar için uygulanıyor düşüncesinden hareketle adli para cezası miktarının olabildiğince düşük tutulmasının ve ülkede geçerli olan güncel ekonomik şartlarla uyumlu bir adli para cezası belirlenememesinin, özel önleme amacının yanında genel önleme amacına da zarar vereceği unutulmamalıdır²³.

¹⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, 943 vd., 1020, dipnot 407; Keza bkz. Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 637 vd.; Bu bağlamda; İnfaz Kanunu'nun Geçici 6. maddesinde 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin ve bu değişikliğin AYM tarafından Anayasa'ya uygun bulunmasına dair kararın (AYM, 17.7.2020 E. 2020/44, K. 2020/41) eleştirisi için bkz. Mahmut Koca, "Özel Af ile İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri (7242 Sayılı Kanun'la Değiştirilen İnfaz Kanunu'nun Geçici 6. Maddesinin Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kararının Değerlendirilmesi)", *Anayasa Yargısı* 38, S. 1 (2021): 28 vd.

¹⁹ AYM, 20.7.2022, E. 2022/53, K. 2022/91, §15; AYM, 5.7.2012 E. 2012/9, K. 2012/103.

²⁰ Claus Roxin ve Luis Greco, *Strafrecht - Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage (München: C.H.Beck, 2020), § 3 kn. 21.

²¹ Claus Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme* (Berlin: De Gruyter, 1973), 38 vd.; Heinz Zipf, "Probleme der Neuregelung der Geldstrafe in Deutschland", *ZStW* 86 (1974): 526; Thomas Hillenkamp, "Zur Höchstpönlichkeit der Geldstrafe", *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987* içinde, ed. Wilfried Küper (Berlin: De Gruyter, 1987), 461.

²² Özgenç, *Genel Hükümler*, 900.

²³ "Bundan dolayı ceza, özel önleme (ye dönük uygulamaların yaratacağı) etkiler uğruna, toplum tarafından ciddiye alınmayacak kadar hafifletilmemelidir. Zira böyle bir uygulama, hukuk düzeni-

II. TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN ADLÎ PARA CEZASI SİSTEMİNE GENEL BİR BAKIŞ

TCK'nın "Adli para cezası" başlıklı 52. madde hükmü aşağıdaki gibidir:

"Adli para cezası"

Madde 52- (1) Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.

(2) En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir.

(3) Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

(4) Hakim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir."

TCK'nın benimsediği sistem olan gün para cezası sistemine göre kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde TCK m. 52/1 hükmü uyarınca 5 günden az 730 günden fazla olmamak üzere belirlenecek gün sayısı, aynı maddenin 2. fıkraya hükmüne göre en az 20 en fazla 100 TL olarak belirlenecek 1 gün karşılığı para miktarı ile çarpılarak (TCK m. 52/1 ve m. 61/8 2. cümle) sonuç adli para cezası hesaplanır. Buna göre TCK'da kural ve teorik olarak hükmedilebilecek en yüksek adli para cezası miktarı 73.000 TL'dir. TCK'da (fikrî) içtima hâlinde toplam cezaya hükmedileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, (fikrî) içtima hâllerinde de teorik olarak hükmedilebilecek en yüksek adli para cezası miktarı 73.000 TL'dir.

TCK m. 50/1-a hükmüne göre kısa süreli hapis cezaları suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına çevrilebilir. Kısa süreli hapis cezası ise TCK m. 49/2 hükmüne göre bir yıl veya daha az süreli hapis cezalarını ifade eder. Kanun koyucu, kısa süreli hapis cezasının m. 50/1'de öngörülen seçenek yaptırımlara çevrilmesi hususunda hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Ancak aynı maddenin 3. fıkraya hükmüne göre mahkûm olunan hapis cezasının 30 gün veya daha

ne olan güvenin sarsılmasına yol açar ve dolayısıyla (diğer bireyler) için kötü örnek teşkil eder."
Roxin ve Greco, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, § 3 kn. 41 vd.

az süreli olması veya sanığın 18 yaşından küçük ya da 65 yaşını bitirmiş olması hâlinde ise kısa süreli hapis cezasının TCK m. 50'de belirtilen ve adli para cezasının da içinde olduğu seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunludur.

Keza TCK m. 50/4 hükmüne göre, bilinçli taksirle işlenen suçlar hariç olmak üzere taksirle işlenen suçlarda hükmedilen hapis cezası 1 yıldan uzun süreli dahi olsa seçenek yaptırım olarak adli para cezasına çevrilebilir.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ SEÇİLİ ÜLKE KANUNLARININ ADLİ PARA CEZASI DÜZENLEMELERİNE GENEL BİR BAKIŞ

A. ALMANYA

Alman Ceza Kanunu²⁴ ("ACK") § 40/1 hükmüne göre adli para cezası hesabında belirlenecek tam gün sayısı en az 5 ve kanunda aksi öngörülmedikçe en fazla 360 gündür. ACK § 40/2 3. cümle hükmüne göre ise 1 gün karşılığı adli para cezası miktarı en az 1 Euro (yaklaşık 1,05 ABD Doları) en fazla 30.000 Euro'dur (yaklaşık 31.668 ABD Doları). Daha önce 5.000 Euro olan üst sınır, 4.7.2009 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek şekilde 29.6.2009 tarihli Kanunla güncellenmiş ve 30.000 Euro'ya çıkarılmıştır²⁵. Toplam ceza mahkûmiyetine hükmedilecek içtimanın söz konusu olduğu hâllerde ise belirlenecek tam gün sayısı 720 günü geçemez (ACK § 54/2 2. cümle).

Buna göre ACK'da kural ve teorik olarak hükmedilebilecek en yüksek adli para cezası miktarı 10.800.000 Euro'dur (yaklaşık 11.400.000 ABD Doları). Toplam ceza mahkûmiyetine hükmedilecek içtimanın söz konusu olduğu hâllerde ise hükmedilebilecek en yüksek adli para cezası miktarı 21.600.000 Euro'dur (yaklaşık 22.800.000 ABD Doları).

B. AVUSTURYA

Avusturya Ceza Kanunu²⁶ ("Av. CK") § 19/1 2. cümle hükmüne göre adli para cezası hesabında dikkate alınacak gün sayısı en az 2 gündür. Avusturya kanun koyucusu, tam gün sayısının azamî miktarını adli para cezasını düzenlediği Av. CK § 19 hükmünde doğrudan tespit etmemiş, bu miktar adli para cezasının

²⁴ Alman Ceza Kanunu'nun orijinal metni için bkz., Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>; Alman Ceza Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz., Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023 https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html.

²⁵ BGBl. I 2009, 1658; Alman öğretisinde, üst sınırın bu denli yüksek olmasının sebebi olarak Alman finans kuruluşlarındaki yönetim kurulu başkanları aleyhine, bu kimselerin işledikleri ekonomik suçlar için uygun bir cezaya hükmedilebilmesine fırsat verme isteği gösterilmektedir. Hans-Jörg Albrecht, "Die Geldstrafe in Ländern der Europäischen Union - Normative Strukturen und praktische Anwendung", *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag* içinde, ed. Eric Hilgendorf ve Rudolf Rengier (Baden-Baden: Nomos, 2012), 567; Keza değişiklik gerekçesi için bkz. BT-Drs. 16/11606, 6; Karşl. Gerhardt Grebing, "Probleme der Tagessatz-Geldstrafe", *ZStW* 88, S. 4 (1976): 1086.

²⁶ Avusturya Ceza Kanunu'nun orijinal metni için bkz., Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>.

öngörüldüğü suçlara ilişkin madde metinlerinde münferit olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde yapılan münferit düzenlemelerde de üst sınır en fazla 720 tam gün olarak kabul edilmiştir²⁷. 1 gün karşılığı adli para cezası miktarı ise en az 4 Euro (yaklaşık 4,22 ABD Doları) en fazla 5.000 Euro (yaklaşık 5.278 ABD Doları) olarak belirlenmiştir (Av. CK § 19/2 2. cümle). 2009 yılında yapılan bir kanun değişikliğiyle 1 gün karşılığı adli para cezasının miktarının alt sınırı 2 Euro'dan 4 Euro'ya, üst sınırı ise 500 Euro'dan 5.000 Euro'ya çıkarılmıştır²⁸.

Söz konusu üst sınıra göre kural ve teorik olarak Avusturya'da hükmedilebilecek en yüksek adli para cezası miktarı 3.600.000 Euro'dur (yaklaşık 3.800.000 ABD Doları). Ancak söz gelimi tekerrür hâlinde cezanın artırılmasını düzenleyen Av. CK § 39 hükmü ile kamu görevlisi tarafından işgal ettiği makamın sağladığı imkânın kötüye kullanılması suretiyle kasten bir suç işlenmesi hâlinde (Av. CK § 313) cezalar yarı oranında artırılarak uygulanabileceği²⁹ için bu hâllerde teorik olarak uygulanabilecek azamî adli para cezası miktarı 5.400.000 Euro'dur (yaklaşık 5.700.000 ABD Doları³⁰).

C. İSVİÇRE

İsviçre Ceza Kanunu³¹ ("İsviçre CK") m. 34/1 hükmüne göre adli para cezası hesabında dikkate alınacak gün sayısının alt sınırı 3 gündür. Daha önce 360 gün olan üst sınır ise bir kanun değişikliğiyle³² 1.1.2018'den itibaren yürürlüğe girecek şekilde 180 gün olarak güncellenmiştir³³. İsviçre CK'da daha önce adli para cezasının gün ve para unsurları için bir alt sınır bulunmazken, 1.1.2018'den itibaren yürürlüğe girecek şekilde yapılan bir kanun değişikliğiyle gün unsuru için 3 gün, para unsuru içinse 30 İsviçre Frangı (şartları varsa 10 İsviçre Frangı) alt sınır olarak getirilmiştir³⁴. Toplam ceza mahkûmiyetine hükmedilecek içtimanın söz konusu olduğu hâllerde de üst sınır 180 gün olarak uygulanmaktadır³⁵. İsviçre CK m. 34/2 hükmüne göre 1 gün karşılığı

²⁷ Alexander Tipold, *Leukauf/Steininger StGB: Strafgesetzbuch Kommentar* içinde, 4. Auflage (Wien: Linde Verlag, 2017), § 19 kn. 29.

²⁸ BGBl. I Nr. 52/2009.

²⁹ Bu artırımın yapılması Av. CK § 39 hükmü bakımından zorunlu iken, Av. CK § 313'teki şartların gerçekleşmesi hâlinde hâkimin takdirindedir.

³⁰ Tipold, § 19 kn. 29.

³¹ İsviçre Ceza Kanunu'nun orijinal metni için bkz., Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, https://fedlex.data.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799; İsviçre Ceza Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz., Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en.

³² BBl 2012 4721.

³³ Değişikliğin temel gerekçesi olarak hapis cezasının, adli para cezasına kıyasla özel ve genel önleme amacına daha iyi hizmet ettiği ve bu değişikliğin hapis cezasının uygulama alanını genişleteceği ifade edilmiştir. Gerekçe metni için bkz. BBl 2012 4721, 4742 vd.

³⁴ BBl 2012 4721, 4743; BBl 2015 4899.

³⁵ BGE 144 IV 237; Stefan Heimgartner, *StGB: Kommentar: Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG*, ed. Andreas Donatsch, 21. Auflage, Orell Füssli Kommentar (OFK) (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2022), m. 49 kn. 5.

belirlenebilecek adli para cezası miktarı kanunda aksi belirtilmedikçe en az 30 (yaklaşık 32,85 ABD Doları) en fazla ise 3.000 İsviçre Frangı'dır (yaklaşık 3.285 ABD Doları). Ancak kanun koyucu, failin şahsi ve ekonomik hâlleri buna izin veriyorsa alt sınırın hâkim tarafından 10 İsviçre Frangı'na (yaklaşık 10,95 ABD Doları) kadar düşürülebileceğini düzenlemiştir (m. 34/2 2. cümle).

Söz konusu sınırlara göre kural ve teorik olarak İsviçre'de hükmedilebilecek en yüksek adli para cezası miktarı 540.000 İsviçre Frangı'dır (yaklaşık 591.456 ABD Doları).

D. İSVEÇ

İsveç Ceza Kanunu ("İsveç CK"³⁶) Bölüm 25 § 2/1 hükmüne göre adli para cezası hesabında dikkate alınacak gün sayısı en az 30 en fazla 150 gündür. Bu sınırlar daha önce sırasıyla 1 gün ve 120 gün iken, 1.1.1992 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliğiyle 30 gün ve 150 gün olarak güncellenmiştir³⁷. İsveç CK Bölüm 25 § 2/2 hükmüne göre ise bir tam gün karşılığı öngörülen adli para cezası miktarı en az 50 (yaklaşık 4,56 ABD Doları) en fazla 1000 İsveç Kronu'dur (yaklaşık 91,24 ABD Doları). Daha önce en az 2 en fazla 500 İsveç Kronu olan sınırlar, 1.1.1982 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliğiyle³⁸ 10 ve 1000 İsveç Kronu'na, 10 İsveç Kronu olan alt sınır ise önce 1.1.1992 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliğiyle 30 İsveç Kronu'na³⁹ ve nihayet 1.10.2006 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliğiyle 50 İsveç Kronu'na yükseltmiştir⁴⁰. İsveç CK Bölüm 25 § 6/1 ve 2'ye göre ise toplam ceza olarak (İsveç CK Bölüm 25 § 5/1) belirlenebilecek en yüksek tam gün sayısı 200 gündür. İçtimanın söz konusu olduğu ve toplam ceza mahkûmiyetine hükmedilecek bu gibi hâllerde⁴¹ daha önce 180 gün olan üst sınır 1.1.1992'de yürürlüğe giren kanun değişikliğiyle 200 güne çıkarılmıştır⁴².

Buna göre kural ve teorik olarak İsveç CK'ya göre hükmedilebilecek en yüksek adli para cezası miktarı 150.000 İsveç Kronu'dur (yaklaşık 13.686 ABD Doları). Toplam ceza mahkûmiyetine hükmedilecek içtimanın söz konusu olduğu hâllerde ise hükmedilebilecek en yüksek adli para cezası miktarı 200.000 İsveç Kronu'dur (yaklaşık 18.248 ABD Doları).

³⁶ İsveç Ceza Kanunu'nun orijinal metni için bkz., Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://lagen.nu/1962:700>; İsveç Ceza Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz., Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf>.

³⁷ SFS 1991:240.

³⁸ SFS 1980:1133.

³⁹ SFS 1991:240.

⁴⁰ SFS 2006:574.

⁴¹ İçtima hâlinde hükmedilebilecek toplam adli para cezasına ilişkin olan eski İsveç CK Bölüm 25 § 5/2'de yer alan üst sınır, yapılan kanun değişikliğiyle metindeki gibi artırılmış ve hüküm İsveç CK Bölüm 25 § 6/2'de yeniden düzenlenmiştir. SFS 1991:240, Prop. 1990/91:68.

⁴² SFS 1991:240.

E. İSPANYA

İspanyol Ceza Kanunu⁴³ (“İsp. CK”) m. 50/3’e göre gerçek kişiler aleyhine hükmedilecek adli para cezalarında gün sayısı en az 10 en fazla 2 yılken, tüzel kişiler aleyhine hükmedilecek adli para cezalarında alt sınır aynı şekilde 10 gün, üst sınır ise 5 yıldır. İsp. CK m. 50/4 2. cümle hükmüne göre bir yıl 360 güne tekabül ettiğiinden, İspanyol ceza hukukunda adli para cezası gün sayısı gerçek kişiler için en fazla 720, tüzel kişiler içinse en fazla 1800 gündür. Aynı maddenin 4. fıkrası 1. cümle hükmüne göre 1 gün karşılığı adli para cezası miktarı en az 2 Euro (yaklaşık 2,11 ABD Doları) en fazla 400 Euro’dur (yaklaşık 422,24 ABD Doları). Daha önce 200 (yaklaşık 1,48 ABD Doları) ve 50.000 İspanyol Pezetası (yaklaşık 372,75 ABD Doları) olan alt ve üst sınırlar⁴⁴, 1.10.2004 tarihinde yürürlüğe giren kanunla günümüzdeki gibi değiştirilmiştir⁴⁵. Tüzel kişiler söz konusu olduğunda ise bu miktar en az 30 Euro (yaklaşık 31,66 ABD Doları) en fazla 5.000 Euro’dur (yaklaşık 5.278 ABD Doları).

Söz konusu üst sınırlara göre kural ve teorik olarak İspanya’da hükmedilebilecek en yüksek adli para cezası miktarı gerçek kişilerde en fazla 288.000 Euro (yaklaşık 304.012 ABD Doları) iken tüzel kişilerde en fazla 9.000.000 Euro’dur (yaklaşık 9.500.400 ABD Doları).

IV. 1 GÜN KARŞILIĞI ADLİ PARA CEZASININ ÜST SINIRI TÜFE, YENİDEN DEĞERLEME ORANI, ABD DOLARI VE BRÜT ASGARİ ÜCRETE GÖRE SÜREKLİ GÜNCELLENMİŞ OLSAYDI GÜNÜMÜZDE HANGİ SEVİYEDE OLURDU?

TCK’da 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırının, TCK yürürlüğe girdikten sonra çeşitli endekslere göre gösterdiği değişimin rakamlarla ortaya konulmasının, çalışmamızın adli para cezasının etkinliğini yitirdiğine dikkat çekme amacına hizmet edeceği düşünülmektedir. Bu nedenle bu başlıkta, TCK’nın yürürlüğe girdiği tarih olan 1.6.2005 tarihinden 18 yıl 4 ay sonra Ekim 2023’te 1 gün karşılığı öngörülen adli para cezası miktarının üst sınırının reel değerinin ne ölçüde değiştiği üzerinde durulacaktır. Bu amaca matuf olarak TÜFE, yeniden değerlendirme oranı, ABD doları/TL endeksi ve brüt asgari ücretteki artış oranına göre hesaplama yapılacaktır; ilgili üst sınır bu endekslerdeki değişime göre güncellenmiş olsaydı Ekim 2023 itibarıyla 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırının ne olacağı sorusuna cevap aranacaktır.

⁴³ İspanyol Ceza Kanunu’nun orijinal metni için bkz., Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>; İspanyol Ceza Kanunu’nun İngilizce çevirisi için bkz., Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Criminal_Code_2016.pdf.

⁴⁴ Buradaki çevirme işlemleri önce - artık tedavülde olmayan bir para birimi olan - İspanyol Pezetası’ndan Euro’ya, ardından Euro’dan ABD Doları’na yapılmıştır. Çevirme işlemleri yapılırken ilgili maddedeki değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarih olan 1.10.2004’te TCMB tarafından ilan edilen EUR/ESP ve EUR/USD çapraz kurları dikkate alınmıştır. Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://tcmb.gov.tr/kurlar/200410/01102004.xml>.

⁴⁵ Ley Orgánica 15/2003.

A. TÜFE'YE GÖRE

Fiyat endeksi, referans yıla göre belirli bir mal ve hizmet grubunun ortalama fiyat seviyesini ifade eder⁴⁶ ve bu ortalama fiyatın cari yıldaki düzeyiyle aynı mal ve hizmetlere ait ortalama fiyatın referans yıldaki düzeyi arasındaki oranın 100 ile çarpımı suretiyle hesaplanır⁴⁷. Enflasyon ise genel fiyat düzeyinde meydana gelen sürekli artıştır⁴⁸. Enflasyon oranı, fiyat endeksinde belirli bir dönemde meydana gelen yüzde artış oranı olup⁴⁹, genel fiyat düzeyinde cari dönemde gerçekleşen artış ile önceki dönem genel fiyat düzeyi arasındaki oranın 100 ile çarpımı suretiyle hesaplanır⁵⁰. Tüketici fiyat endeksi ise ortalama bir tüketici tarafından tüketilen tüketim mallarının fiyatları üzerinden hesaplanan endekstir⁵¹.

TÜİK verilerine göre TCK'nın yürürlüğe girdiği Haziran 2005'te TÜFE 116,81'dir. Eylül 2023'e kadar geçen sürede ise TÜFE 1691,04'e yükselmiştir. Başka bir deyişle Haziran 2005'ten Ekim 2023'e kadar geçen sürede TÜFE yaklaşık %1347,68 oranında artış göstermiştir.

Buna göre, 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırı olan 100 TL her yıl düzenli olarak TÜFE'ye göre artırılsa idi şu anki üst sınır yaklaşık 1448 TL olacaktır. Üst sınırın 1448 TL olduğu varsayımında, teorik olarak uygulanabilecek en yüksek adli para cezası miktarı ise yaklaşık 1.057.040 TL (yaklaşık 38.599 ABD Doları) olacaktır. Bu miktar kural ve teorik olarak hâlihazırda uygulanabilecek olan en yüksek adli para cezası miktarı olan 73.000 TL'nin yaklaşık 14 katıdır.

B. YENİDEN DEĞERLEME ORANINA GÖRE

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ("VUK") "Enflasyon düzeltilmesi, yeniden değerlendirme oranı ve yeniden değerlendirme" başlıklı Mükerrer 298/B hükmüne göre yeniden değerlendirme oranı, yeniden değerlendirme yapılacak yılın Ekim ayında (Ekim ayı dâhil) bir önceki yılın aynı dönemine göre TÜİK tarafından belirlenen Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksi'nde ("ÜFE") meydana gelen ortalama fiyat artış oranını ifade eder. Hazine ve Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığınca ("GİB") bu oran her yıl Resmî Gazete'de yayımlanan bir "Genel Tebliğ" ile ilan edilir. Örneğin 2023 yılında uygulanacak olan yeniden değerlendirme oranı %122,93 olarak ilan edilmiştir⁵².

⁴⁶ Andrew B. Abel, Ben Bernanke ve Dean Darrell Croushore, *Macroeconomics*, 10. Edition (Harlow, Essex: Pearson Education Limited, 2021), 73.

⁴⁷ Erdal M. Ünsal, *Makro İktisat*, 11. Baskı (Ankara: Murat Yayınları, 2017), 86.

⁴⁸ Ünsal, 85.

⁴⁹ Abel, Bernanke ve Croushore, *Macroeconomics*, 32, 78; Ünsal, *Makro İktisat*, 85.

⁵⁰ Ünsal, *Makro İktisat*, 85.

⁵¹ Abel, Bernanke ve Croushore, *Macroeconomics*, 76; Ünsal, *Makro İktisat*, 88.

⁵² Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, Yıllar itibarıyla ilan edilen yeniden değerlendirme oraları için bkz. <https://webdosya.csb.gov.tr/db/yerelyonetimler/icerikler/yillara-gore-yeniden-degerleme-oranlari-20230113102221.pdf>.

1 gün karşılığı takdir edilen adli para cezası miktarının üst sınırı olan 100 TL her yıl düzenli olarak yeniden değerlendirilme oranına göre artırılrsa idi şu anki üst sınır yaklaşık 1.342 TL (yaklaşık 49 ABD Doları) olurdu. Üst sınırın 1.342 TL olduğu varsayımında, teorik olarak uygulanabilecek en yüksek adli para cezası miktarı ise 979.660 TL (yaklaşık 35.773 ABD Doları) olacaktır. Bu miktar kural ve teorik olarak hâlihazırda uygulanabilecek olan en yüksek adli para cezası miktarı olan 73.000 TL'nin yaklaşık 13 katıdır.

C. ABD DOLARI'NDAKİ ARTIŞ ORANINA GÖRE

TCMB verilerine göre 1 ABD Doları'nın TCK'nın yürürlüğe girdiği gün olan 1.6.2005'te efektif alış fiyatı yaklaşık 1,35 TL iken⁵³, 2.10.2023 tarihinde yaklaşık 27,38 TL'dir⁵⁴. TCK'ya göre hükmedilebilecek en yüksek adli para cezası olan 73.000 TL'nin 1.6.2005'te ABD doları cinsinden karşılığı olan 54.074 ABD Doları'nın - ABD'deki birikimli TÜFE artış oranı dikkate alındığında - Ekim 2023 itibarıyla değeri yaklaşık 85.570 ABD Doları'dır⁵⁵. 73.000 TL'nin 2.10.2023 tarihi itibarıyla ABD Doları cinsinden karşılığı ise yaklaşık 2.666 ABD Doları'dır. 85.570 ABD doları ise 73.000 TL'nin günümüzdeki karşılığı olan 2.666 ABD Doları'nın yaklaşık 32 katıdır.

Buna göre, 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırı olan 100 TL düzenli olarak ABD Doları'nın TL karşısındaki değer artış oranına göre artırılrsa idi şu anki üst sınır yaklaşık 3200 TL (yaklaşık 116,85 ABD Doları) olurdu. Üst sınırın 3200 TL olduğu varsayımında, teorik olarak uygulanabilecek en yüksek adli para cezası miktarı ise 2.336.000 TL (yaklaşık 85.301 ABD Doları) olacaktır.

D. ASGARI ÜCRETTEKİ ARTIŞ ORANINA GÖRE

TCK'nın yürürlüğe girdiği 1.6.2005 tarihinde brüt asgari ücret 488,70 TL iken Ekim 2023'te brüt asgari ücret yaklaşık 13.415 TL'dir⁵⁶. Söz konusu sürede asgari ücret %2644,93 artış göstermiştir.

Buna göre, 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırı olan 100 TL, asgari ücret her artırıldığında asgari ücretteki artış oranına göre düzenli olarak artırılrsa idi şu anki üst sınır yaklaşık 2745 TL (yaklaşık 100,23 ABD Doları) olurdu. Üst sınırın 2745 TL olduğu varsayımında, teorik olarak uygulanabilecek en yüksek adli para cezası miktarı 2.003.850 TL (yaklaşık 73.173 ABD Doları) olacaktır. Bu miktar kural ve teorik olarak hâlihazırda uygulanabilecek en yüksek adli para cezası miktarı olan 73.000 TL'nin yaklaşık 27 katıdır.

⁵³ Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.tcmb.gov.tr/kurlar/200506/01062005.xml>.

⁵⁴ Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.tcmb.gov.tr/kurlar/202310/02102023.xml>.

⁵⁵ Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://data.bls.gov/cgi-bin/cpicalc.pl>.

⁵⁶ Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.csgeb.gov.tr/media/91721/yillar-itibariyle-gunluk-aylik-agari-ucretler.pdf>.

V. DEĞERLENDİRME VE ÇÖZÜM ÖNERİSİ

Ceza hukukuna ilişkin bir makalede bu kadar çok sayısal bilginin varlığının çok da olağan olmadığı gerçeği karşısında, çalışmamızdaki sayısal verileri okuyucu için daha da anlaşılır kılmak adına gerek TCK'daki gerekse de karşılaştırma konusu yapılan ülkelerdeki adli para cezası düzenlemelerinde yer alan söz konusu veriler tablo olarak da paylaşılmıştır (Tablo I). Keza bu verilerin dışında, “TCK’da öngörülen 1 gün karşılığı adli para cezasının üst sınırı yukarıdaki değişkenlere göre hesaplanmış olsaydı günümüzde hem söz konusu üst sınır hem de buna bağlı olarak hesaplanan toplam ceza miktarı ne olurdu?” sorusuna ilişkin alternatifli cevaplar da tablo hâline getirilmiştir (Tablo II).

ÜLKELER	GÜN UNSURU		PARA UNSURU ⁵⁷		TOPLAM CEZA		
	Alt Sınır	Üst Sınır	Alt Sınır	Üst Sınır	Kural	İçtima Hâlinde	
ALMANYA	5 gün	360 gün	1 EUR (1,05 USD)	30.000 EUR (31.668 USD)	10.800.000 EUR (11.400.000 USD)	21.600.000 EUR (22.800.000 USD)	
AVUSTURYA	2 gün	720 gün	4 EUR (4,22 USD)	5.000 EUR (5.278 USD)	3.600.000 EUR (3.800.000 USD)	5.400.000 EUR (5.700.000 USD)	
İSVİÇRE	3 gün	180 gün	10 CHF (10,95 USD)	3.000 CHF (3.285 USD)	540.000 CHF (591.456 USD)	540.000 CHF (591.456 USD)	
İSVEÇ	30 gün	150 gün	50 SEK (4,56 USD)	1000 SEK (91,24 USD)	150.000 SEK (13.686 USD)	200.000 SEK (18.248 USD)	
İSPANYA	Gerçek Kişi	10 gün	720 gün	2 EUR (2,11 USD)	400 EUR (422,24 USD)	288.000 EUR (304.012 USD)	---
	Tüzel Kişi	10 gün	1800 gün	30 EUR (31,66 USD)	5.000 EUR (5.278 USD)	9.000.000 EUR (9.500.400 USD)	---
TÜRKİYE	5 gün	730 gün	20 TRY (0,73 USD)	100 TRY (3,65 USD)	73.000 TRY (2.666 USD)	73.000 TRY (2.666 USD)	

Tablo I: Adli para cezası gün ve para miktarlarının alt ve üst sınırları ile toplam ceza miktarları

	TÜFE'ye Göre	Yeniden Değerleme Oranına Göre	ABD Doları'na Göre	Brüt Asgari Ücretteki Artışa Göre	Önerimize Göre ⁵⁸
Üst Sınır (100 TL)	1448 TRY (52,86 USD)	1.342 TRY (49 USD)	3200 TRY (116,85 USD)	2745 TL (100,23 USD)	5.000 TRY (182,58 USD)
Hükmedilebilecek En Yüksek Adli Para Cezası (73.000 TL)	1.057.040 TL (38.599 USD)	979.660 TL (35.773 USD)	2.336.000 TRY (85.301 USD)	2.003.850 TL (73.173 USD)	3.650.000 TRY (133.284 USD)

Tablo II: TÜFE, Yeniden Değerleme Oranı, ABD Doları ve Brüt Asgari Ücrete Göre Hesaplama

⁵⁷ ABD Doları dışındaki yabancı para birimleri ABD Dolarına çevrilirken 2.10.2023 tarihinde TCMB tarafından ilan edilen gösterge niteliğindeki USD/TRY efektif alış kuru ile EUR/USD, USD/CHF ve USD/SEK çapraz kurları dikkate alınmıştır. Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.tcmb.gov.tr/kurlar/202310/02102023.xml>.

⁵⁸ Metnin devamında sunduğumuz çözüm önerisine göre yapılan hesaplamadır.

Görüldüğü üzere Türk Lirası, TCK'nın yürürlüğe girdiği 1.6.2005 tarihinden günümüze kadar geçen sürede değerini azımsanmayacak ölçüde yitirmiştir. Bu durum TCK'da düzenlenen adli para cezası yaptırımının da etkinliğini ve caydırıcılığını önemli ölçüde azaltmıştır. Nitekim TCK'dan 2 ay önce 31.3.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 17/7 hükmüne göre idarî para cezaları her takvim yılı başında yeniden değerlendirilme oranına göre güncellenmektedir. Örneğin TCK'da düzenlenen 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırı ile kıyaslandığında, Kabahatler Kanunu m. 32'deki "Emre aykırı davranış" hükmü, yürürlüğe girdiği yıl 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırı ile aynı miktarda (100 TL) idarî para cezası öngörmekteydi. Bu idarî para cezasının Kabahatler Kanunu m. 17/7 gereğince yeniden değerlendirilme oranına göre güncellenmiş hâli 2023 yılı itibarıyla 1.295 TL'dir⁵⁹. TCK ile aynı yıl yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu'nda yer alan bir idarî para cezasının miktarı, yürürlük tarihinden 18 yıl sonra 100 TL'den 1.295 TL'ye çıkmışken TCK'da yer alan 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının 100 TL olan üst sınırı yine 100 TL olarak uygulanmaya devam etmektedir. Kabahatler karşılığı öngörülen idarî para cezaları her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırıldıkları için güncelliğini ve dolayısıyla enflasyon karşısındaki değerini korumaya devam etmektedir. Ancak aynı durum adli para cezaları için geçerli değildir. Bu durum da vatandaşların söz gelimi trafik polisi, belediye zabıtası veya yetkili diğer kamu görevlilerince uygulanacak bir idarî para cezasından çekinmesine ancak mahkemeler tarafından hükmedilecek adli para cezasından aynı seviyede bir çekince duymamasına yol açmaktadır. Başka bir deyişle, kamuoyu nezdinde idarî para cezalarının caydırıcı gücünün adli para cezalarındankinden daha fazla olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

İfade etmek gerekir ki TCK'da düzenlenen 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının alt ve üst sınırı arasındaki makas oldukça dardır⁶⁰. TCK'da 1 gün karşılığı öngörülen adli para cezası miktarının üst sınırı alt sınırının 5 katı iken çalışmamıza konu ülkelerden Almanya'da 30.000 katı, Avusturya'da 1250 katı, İsviçre'de 300 katı, İsveç'te 20 katıdır. İspanya'da ise gerçek kişiler aleyhine hükmedilecek adli para cezalarında 1 gün karşılığı öngörülen adli para cezası miktarının üst sınırı alt sınırının 200 katı tüzel kişiler için öngörülende ise yaklaşık 166 katıdır. Sonuç adli para cezasının miktarı, ayrıca tespit edilecek gün unsuruna da bağlı olsa da karşılaştırma yapılan neredeyse her ülkedeki 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının alt ve üst sınırları arasındaki makas aralığının TCK'ya göre oldukça geniş olması dikkat çekicidir.

⁵⁹ Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.asayis.pol.tr/2023-yili-idari-para-cezaları>; 2005'teki 100 TL, her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre güncellendiğinde ve küsuratlar da dikkate alındığında 2023 yılında normalde yaklaşık 1.342 TL olacaktır. Ancak idarî para cezalarının yeniden değerlendirilme oranına göre güncellenmesinde küsuratlar hesaplama dâhil edilmediğinden (Kabahatler Kanunu, m. 17/7 2. cümle) 2005'te 100 TL olarak uygulanan idarî para cezası günümüzde 1.295 TL olarak uygulanmaktadır.

⁶⁰ İşoğlu, *Adli Para Cezası*, 211.

Her ne kadar eşitlik ilkesi gereği TCK'da 1 gün karşılığı takdir edilen adli para cezası miktarının alt ve üst sınırı arasındaki makas başlangıçta dar tutulmak istenmişse de⁶¹ enflasyon nedeniyle günümüzde 1 gün karşılığı öngörülen adli para cezası miktarının üst sınırının hâlâ bu seviyede kalması ve dolayısıyla alt ve üst sınır arasındaki makasın dar olmaya devam etmesi, günümüzde ceza adaleti sistemimizi adli para cezaları yönünden adeta fail lehine, bilhassa gelir düzeyi ve ekonomik gücü yüksek fail lehine işler hâle getirmiştir. Keza ifade etmek gerekir ki alt ve üst sınırlar arasındaki makasın bu denli dar olması, adli para cezasının bireyselleştirilmesini de zorlaştırmakta, gelir düzeyi ve ekonomik gücü oldukça yüksek olan bir fail aleyhine hükmedilecek adli para cezası ile gelir düzeyi ve ekonomik gücü oldukça düşük olan bir fail aleyhine hükmedilecek adli para cezası arasında adil bir fark olmasına izin vermemektedir⁶².

Çalışmada incelenen sorunun çözümü için Kabahatler Kanunu m. 17/7 hükmüne benzer bir hükmün adli para cezasının düzenlendiği TCK m. 52 hükmüne eklenerek 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırının her yıl yeniden değerlendirme oranı kadar artırılması düşünülebilir. Böylece adli para cezası miktarlarının kabahatler karşılığı öngörülen idari para cezalarında olduğu gibi güncelliği korunacaktır. Ancak yeniden değerlendirme oranına göre yapılacak yıllık güncellemelerin, kanunilik ilkesiyle çelişebileceği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Zira yukarıda ifade edildiği üzere yeniden değerlendirme oranı GİB tarafından, kanun koyucunun herhangi bir dahli olmaksızın genel tebliğ ile ilan edilmektedir. Ceza kanununda düzenlenen bir yaptırım idarenin genel düzenleyici işlemi niteliğindeki genel tebliğ⁶³ ile ilan edilen bir değişikene dayanarak güncellemek ise kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁶⁴. Zira her ne kadar Kabahatler Kanunu m. 4/1'e göre kabahatlerde suçlara nazaran kanunilik ilkesi daha esnek yorumlanıyor olsa da⁶⁵ kabahat teşkil edecek fillerin kapsam ve koşulları ancak bir çerçeve hükmüyle kanun tarafından belirlendikten sonra bu çerçeve hükmün içeriği idarenin genel düzenleyici işlemiyle doldurulabilecektir⁶⁶. Kanaatimizce bu esneklik, idari para cezalarının miktarının da idarenin genel düzenleyici

⁶¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 905.

⁶² Aynı yönde bkz. İšoğlu, *Adli Para Cezası*, 211; "Farklı ekonomik koşullar karşısında, adil ve önleyici olabilecek bir cezanın ancak geniş bir adli para cezası çerçevesiyle mümkün olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır." Bernd Hecker, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 30. Auflage (München: C.H. Beck, 2019), § 1 kn. 22.

⁶³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 16. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 83.

⁶⁴ Berrin Akbulut, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), 97; AYM Kararı, Başvuru No: 2020/34781, 17.1.2023; AYM, 20.12.2018, E. 2018/14 K. 2018/112.

⁶⁵ TBMM Adalet Komisyonu Raporu, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı 840; AYM Kararı, Başvuru No: 2018/21866, 14.12.2022, § 45.

⁶⁶ Bu kuralın eleştirisi için bkz. Hakan Kaşka, "Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu m. 4/1 Üzerine Bir İnceleme)", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, S. 2 (2013): 216 vd.

işlemiyle belirlenebileceği şeklindeki genişletici bir yoruma cevaz vermez. Nitekim Kabahatler Kanunu m. 4/2, idarî para cezaları için de kanunilik ilkesinin geçerli olduğu, kabahat karşılığı öngörülen yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği hükümlerini haizdir⁶⁷. Buna göre Kabahatler Kanunu m. 17/7 hükmünün Anayasa m. 38/3 ve Kabahatler Kanunu m. 4/2 hükümlerinde ifadesini bulan kanunilik ilkesiyle çeliştiğini düşünmekteyiz⁶⁸. Zira idarî para cezalarının da en az adli para cezaları kadar, hatta bazı durumlarda onlardan daha ağır sonuçlar doğurabileceği göz önünde bulundurulduğunda⁶⁹, adli para cezalarına ve dolayısıyla bireylere bahşedilen kanunilik güvencesinin, idarî para cezaları söz konusu olduğunda esirgenmesi düşünülemez.

TCK m. 52/2 hükmündeki üst sınırın her yıl yeniden değerlendirilmesine göre artırılacağı şeklinde bir kanuni düzenleme yapılması durumunda dahi, kanun koyucunun üzerinde artış yapılacak yaptırımın miktarını hâlihazırda belirlediği ve dolayısıyla üzerine düşeni yapmış olduğu (adli para cezasının genel çerçevesini çizdiği), bundan sonra yeniden değerlendirilmesine göre yapılacak güncellemele- rin aynı cezanın yalnızca “güncellenmiş” hâli olduğu da ileri sürülemez. Zira söz gelimi kanun koyucunun bir kabahat hükmünün ilk hâlinde öngördüğü idarî para cezası miktarının Kabahatler Kanunu m. 17/7 hükmüne göre artırılması hâlinde artık yeni bir ceza söz konusudur ve bu ceza, her yıl bir idare olan TÜİK tarafından tespit edilen ÜFE esas alınarak hesaplanan ve yine başka bir idare olan GİB tarafından bir genel tebliğ ile yıllık olarak ilan edilen yeniden değerlendirilme oranı kadar artırılmaktadır. ÜFE hesabında dikkate alınan parametreler ise birçok değişkene bağlı olarak aydan aya ve dolayısıyla yıldan yıla değişiklik göstermektedir. Nitekim GİB tarafından 2023 yılında uygulanacak yeniden değerlendirilme oranı %122,93⁷⁰, bir önceki sene uygulanan oran %36,2⁷¹ ve 2021 yılı için uygulanan oran ise %9,11 olarak ilan edilmiştir⁷². Söz konusu oranlar göstermektedir ki yeniden değerlendirilme oranı, volatilitesi oldukça yüksek bir endekstir ve adli para cezası gibi kanunilik ilkesine ilişkin gerekliliklerin en üst düzeyde gözetilmesi gereken bir yaptırımın, yeniden değerlendirilme oranına göre her yıl güncellenmesi yerinde olmayacaktır. Bundan dolayı her ne kadar bir yaptırımın ortaya çıkışı ilk aşamada kanunla olsa da doğrudan ceza miktarını belirleyecek, volatilitesi oldukça yüksek bir endekse göre suç karşılığı öngörülen bir yaptırımı güncellenmenin, kanunilik ilkesinin ve özellikle bu ilkenin bir unsuru niteliğindeki belirli-

⁶⁷ AYM, 14.6.2017, E. 2016/182, K. 2017/111, §§ 7 vd.; AYM, 4.5.2017, E. 2015/41, K. 2017/98, §§ 182 vd. Akbulut, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun*, 100 vd., özellikle 103; Levent Korkut ve Cengiz Otacı, *Türk Kabahatler Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 49 vd.; Çınar Can Evren, “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, *IÜHF* 69, S. 1-2 (2011): 985, 997 vd.

⁶⁸ Karşı. Korkut ve Otacı, *Türk Kabahatler Hukuku*, 52 vd.

⁶⁹ Evren, “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, 985.

⁷⁰ Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/11/20221124-4.htm>.

⁷¹ Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/11/20211127-6.htm>.

⁷² Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/11/20201128-11.htm>.

lik ilkesinin⁷³ açık bir ihlali olduğu kanaatindeyiz⁷⁴. Keza ifade etmek gerekir ki bir suç karşılığı öngörülen “hapis cezası”nın üst sınırının kanunla yükseltilmesi veya azaltılması durumunda yeni belirlenen sınır artık yeni bir cezadır. Nasıl ki -kanunilik ilkesinin açık bir ihlali olacağı mülahazasıyla - hapis cezasının alt veya üst sınırında yapılacak bir değişikliğin idarenin genel düzenleyici işlemiyle yapılması düşünülemeyecekse, aynı mülahazayla adli para cezasına ilişkin yapılacak bir güncellenmenin de mutlaka kanunla yapılması gerekmektedir. Çalışmamızda karşılaştırma konusu yapılan ülkelerdeki uygulama da bu yöndedir. Nitekim TCK m. 52 gerekçesinde de yeniden değerlendirme oranına göre yapılacak bir güncellenmenin ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmayacağı açıkça ifade edilmiştir⁷⁵.

Yukarıda ileri sürülen argümanları çalışma konumuza uyarladığımızda ise 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırını, her yıl idare tarafından (GİB) VUK Genel Tebliği ile ilan edilen yeniden değerlendirme oranına göre artırmanın, cezada kanunilik (Anayasa m. 38, TCK m. 2/2) ilkesiyle bağdaşmayacağı sonucuna varmaktayız⁷⁶. Zira kanunilik ilkesi idarî para cezaları söz konusu olduğunda daha esnek yorumlanıyorken dahi kanunilik ilkesine aykırı olduğunu düşündüğümüz bir düzenleme, adli para cezaları söz konusu olduğunda kanunilik ilkesine evleviyetle aykırı olacaktır. Bu durumda 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının alt ve üst sınırı arasındaki makasın mümkün olduğunca geniş tutulması ve belirli dönemlerde - adli para cezasına ilişkin kanuni düzenlemeleri karşılaştırma konusu yapılan örnek ülkelerin bu konudaki tutumu da göz önünde bulundurularak - yalnızca kanunla söz konusu üst sınırın güncellenmesinin sorunun yegâne çözümü olduğu kanaatindeyiz.

Çalışmamıza konu olan soruna bir çözüm getirmek amacıyla TÜFE'deki artış oranı dikkate alınarak kanuni bir düzenleme ile 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırının günümüz ekonomik şartlarına uygun bir seviyeye çıkarılması elzemdir. Söz gelimi 100 TL olan üst sınır, Haziran 2005 - Ekim 2023 döneminde gerçekleşen yaklaşık %1347,68'lik birikimli TÜFE artış oranı dikkate alınarak 1500 TL'ye çıkarılabilir. Böyle bir güncellenmenin yapılması hâlinde TCK'da kural ve teorik olarak uygulanabilecek en yüksek adli para cezası miktarı 1.095.000 TL olacaktır. Ancak diğer taraftan 2025 yılı ortalarına kadar ülkemizde TÜFE artış oranının yüksek seyredeceği gerçeği

⁷³ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 60 vd.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 71; Kabahatlerde belirlilik ilkesine ilişkin olarak bkz. Evren, “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, 988 vd.

⁷⁴ Bundan dolayı Anayasa Mahkemesinin “*Artırılacak olan para cezalarının, daha önce kanunla düzenlenmiş olması, yeniden değerlendirme oranının niteliğinin ve uygulanış biçiminin de Yasama Organı tarafından sınırları çizilerek kanunla belirlenmesi nedeniyle yasama yetkisinin yürütmeye devrinden söz edilmesi mümkün değildir.*” şeklindeki görüşüne iştirak etmiyoruz. AYM, 17.6.2004, E. 2000/24 K. 2004/82.

⁷⁵ TBMM Adalet Komisyonu Raporu, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı 664.

⁷⁶ Akbulut, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun*, 98 vd. Keza Danıştay da kanunda öngörülme bir özel usulsüzlük cezasının - yeniden değerlendirme oranının da ilan edilme usulü olan - VUK genel tebliği ile öngörülmesinin cezanın kanuniliği ilkesine aykırı olduğuna ve kanunda öngörülme bir cezanın idarî düzenlemeyle konulmasının, idarî cezalar için de geçerli olan “cezanın kanunla konulması” genel kuralının ihlali anlamına geleceğine hükmetmiştir. D.4.D. 17.12.1996, E. 1996/2603 K. 1996/5672.

de göz önünde bulundurulduğunda⁷⁷ 1500 TL olarak belirlenecek üst sınırın enflasyon karşısında birkaç sene içerisinde değerini tekrar yitireceği muhakkaktır. Bundan dolayı önerimiz, son 18 yılda yaşanan birikimli TÜFE artış oranının da üstünde bir belirleme gidilerek 1 gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırının 5.000 TL (yaklaşık 182,58 ABD Doları) olarak yeniden düzenlenmesidir. Bu durumda uygulanabilecek en yüksek adli para cezası miktarı 3.650.000 TL (yaklaşık 133.284 ABD Doları) olacaktır. Böylece özellikle son yıllarda ülkemizde oldukça yüksek seyreden enflasyonun sebep olduğu TL'nin değerindeki dramatik düşüşün, adli para cezası yaptırımındaki olumsuz etkisi kırılacak ve bu yaptırımın etkinliği ve caydırıcılığı yeniden tesis edilebilecektir. 5.000 TL'lik üst sınırın günümüz şartları için oldukça yüksek olduğu ve dolayısıyla alt ve üst sınır arasındaki farkın bu kadar yüksek olması nedeniyle böyle bir düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı olacağı itirazı ileri sürülebilir⁷⁸. Ancak hâkim tarafından TCK m. 61'e göre belirlenecek gün sayısı ile failin ekonomik ve diğer şahsi hâlleri göz önünde bulundurularak 20 ilâ 5.000 TL arasında 1 gün karşılığı adli para cezası miktarı belirlenerek ve ceza bireyselleştirilerek sonuç adli para cezasının tespiti her zaman mümkündür⁷⁹. Başka bir ifadeyle, üst sınırın 5.000 TL olarak güncellendiği durumda da gelir düzeyi düşük ve ekonomik koşulları kötü olan failler için, bu güncelleme sanki hiç yapılmamış gibi bir adli para cezasına hükmedilmesi mümkün olmaya devam edecektir. Nitekim bu düşünceden hareketle alt sınırın şu anki hâliyle 20 TL olarak bırakılması kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Öte yandan 5.000 TL'lik üst sınırın, çalışmamızda ortaya koymaya çalıştığımız somut veriler ışığında ve Türk Lirası'ndaki değer kaybı nedeniyle aslında çok da yüksek bir sınır olmadığı ve dolayısıyla belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz. Nitekim TÜFE artış oranının en az birkaç sene daha yüksek seyredeceği gerçeği karşısında günümüzde oldukça yüksek olarak algılanabilecek 5.000 TL'lik üst sınır, ülkemizde birkaç sene sonra geçerli olacak ekonomik koşullarla birlikte kanıksanacaktır.

VI. SONUÇ

Bir gün karşılığı adli para cezası miktarının üst sınırının ülkemiz ekonomik gerçekleriyle uyumlu hâle getirilmesi elzemdir. Böyle bir düzenleme, özellikle gelir düzeyi yüksek ve varlıklı olan failler aleyhine hükmedilecek adli para cezalarının tekrar caydırıcı bir yaptırım olarak uygulanabilmesini sağlayacak ve bu suretle ceza adaleti tesis edilebilecektir.

⁷⁷ Orta Vadeli Program (2024-2026). Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/09/20230906M1-1.pdf>.

⁷⁸ Karşl. Grebing, "Probleme der Tagessatz-Geldstrafe", 1087; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 71.

⁷⁹ Christian Jäger, *SK-StGB*, ed. Gereon Wolters, 9. Auflage (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017), § 1 kn. 38; Karşl. "Genel olarak, yaptırımlar söz konusu olduğunda cezalandırılabilirliğin koşullarına kıyasla biraz daha geniş bir belirsizliğin kabul edilebileceği söylenebilir. Zira kusur ilkesi [...] ve (hâlihazırda) kanunla belirlenmiş olan cezanın belirlenmesine ilişkin ilkeler [...], faille belirli derecede (bu belirsizliği) dengeleyici bir güvence sağlamaktadır." Roxin ve Greco, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, § 5 kn. 82.

KAYNAKÇA

- Abel, Andrew B., Bernanke, Ben ve Croushore, Dean Darrell. *Macroeconomics*. 10. Edition. Harlow, Essex: Pearson Education Limited, 2021.
- Akbulut, Berrin. *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. 16. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Albrecht, Hans-Jörg. “Die Geldstrafe in Ländern der Europäischen Union - Normative Strukturen und praktische Anwendung”. *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag* içinde, editör Hilgendorf, Eric ve Rengier, Rudolf, 565-579. Baden-Baden: Nomos, 2012.
- . *NK-StGB*. Editör Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid, Paeffgen, Hans-Ullrich ve Frank Saliger. 6. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2023.
- Arslanalp, Serkan, Eichengreen, Barry ve Simpson-Bell, Chima. “The Stealth Erosion of Dollar Dominance: Active Diversifiers and the Rise of Nontraditional Reserve Currencies”, *Working Paper, International Monetary Fund* 58 (2022).
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 17. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Evren, Çınar Can. “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”. *İÜHF* 69, S. 1-2 (2011): 967-1001.
- Grebing, Gerhardt. “Probleme der Tagessatz-Geldstrafe”. *ZStW* 88, S. 4 (1976): 1049-1115.
- . “Recht und Praxis der Tagessatz-Geldstrafe”. *JuristenZeitung* 31, S. 23/24 (1976): 745-752.
- Grube, Andreas. *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Großkommentar. 4. Band: §§ 38 bis 55*. Editör Cirener, Gabriele, Radtke, Henning, Rissing-van Saan, Ruth, Rönnau, Thomas ve Schluckebier, Wilhelm. 13. Auflage. Berlin: De Gruyter, 2020.
- Hecker, Bernd. *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*. 30. Auflage. München: C.H.Beck, 2019.
- Heger, Martin. *Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar*. Editör Kühl, Kristian. 30. Auflage. München: C.H.Beck, 2023.
- Heimgartner, Stefan. *StGB: Kommentar: Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG*. Editör Donatsch, Andreas. 21. Auflage. Orell Füssli Kommentar (OFK). Zürich: Orell Füssli Verlag, 2022.
- Hillenkamp, Thomas. “Zur Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe”. *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987* içinde, editör Küper, Wilfried, 455-469. Berlin: De Gruyter, 1987.
- İşoğlu, Tarık Polat. *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Adli Para Cezası*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Jäger, Christian. *SK-StGB*. Editör Wolters, Gereon. 9. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.
- Kaşka, Hakan. “Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu m. 4/1 Üzerine Bir İnceleme)”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, S. 2 (2013): 168-249.
- Kett-Straub, Gabriele ve Kudlich, Hans. *Sanktionenrecht*. München: C.H.Beck, 2017.

- Koca, Mahmut. “Özel Af ile İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri (7242 Sayılı Kanun’la Değiştirilen İnfaz Kanunu’nun Geçici 6. Maddesinin Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kararının Değerlendirilmesi)”. *Anayasa Yargısı* 38, S. 1 (2021): 1-41.
- Koca, Mahmut, ve Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 15. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Korkut, Levent ve Otacı, Cengiz. *Türk Kabahatler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Meier, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*. 5. Auflage. Berlin: Springer, 2019.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 18. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Roxin, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Berlin: De Gruyter, 1973.
- Roxin, Claus, ve Greco, Luís. *Strafrecht - Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. Auflage. München: C.H.Beck, 2020.
- Saliger, Frank. *NK-StGB*. Editör Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid, Paeffgen, Hans-Ullrich ve Frank Saliger. 6. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2023.
- Tipold, Alexander. *Leukauf/Steininger StGB: Strafgesetzbuch Kommentar* içinde, 4. Auflage. Wien: Linde Verlag, 2017.
- Ünsal, Erdal M. *Makro İktisat*. 11. Baskı. Ankara: Murat Yayınları, 2017.
- Zipf, Heinz. “Probleme der Neuregelung der Geldstrafe in Deutschland”. *ZStW* 86 (1974): 513-544.
- . “Zur Ausgestaltung der Geldstrafe im kommenden Strafrecht”. *ZStW* 77 (1965): 526-562.

CEZA YARGILAMASINDA HÜKMÜN TEFHİMİNDEN SONRA SÜRE TUTUM DİLEKÇESİ SUNULMASI UYGULAMASI BAĞLAMINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN 26.07.2023 TARİHLİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Muharrem Egemen GÜRSES^(**)

Öz

İcra hukuk mahkemelerinde görülen davalar hariç olmak üzere özel hukuktan kaynaklanan tüm davalar ile idare ve vergi mahkemelerinde görülen davalarda karar duruşmalarına katılan taraflar ve vekilleri için olağan kanun yollarına başvurmak üzere duruşmadan sonra süre tutum dilekçesi ibraz etme uygulaması bulunmasa da Cumhuriyet savcısı da dahil olmak üzere ceza mahkemelerinde görülen davaların karar duruşmalarına iştirak edenler yönünden hükmün tefhiminden sonra başvurulacak olağan kanun yolunun niteliğine göre farklılık arz eden yasal süreler içinde ilgili kanun yoluna başvurulacağı iradesini ortaya koyar mahiyette süre tutum dilekçesi sunma zorunluluğu bulunmaktadır. Ceza mahkemelerinde görülen davalarda karar duruşmasına katılıp da olağan kanun yoluna başvurma hakkı hukuken kendisine tanınmış kişilerin itiraz, istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurma haklarını saklı tutmak için karar duruşmasından sonra ilgili yasal süresi içerisinde süre tutum dilekçesi sunmaması durumunda olağan kanun yollarına başvurma haklarını kaybettikleri kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 24.10.2023 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan norm denetimi kararı ile kararın Resmi Gazete'de yayım tarihinden itibaren dokuz ay sonrasında yürürlüğe girmesi suretiyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 273. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... hükmün açıklanmasından itibaren..." ibaresinin iptal edilmesine karar verilmiştir. Bu kararla birlikte ceza mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar yönünden istinaf süre tutum dilekçesi sunma zorunluluğu 24.07.2024 tarihi itibarıyla geçerli olmak üzere kaldırılmıştır.

Çalışmada, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen norm denetimi kararı değerlendirilmek suretiyle ceza yargılamasında süre tutum müessesesine ilişkin genel bir inceleme yapılacak, süre tutum dilekçesi uygulamasının mahkemeye erişim hakkı başta olmak üzere bir kısım temel hakları ihlal edip etmediği tartışıldıktan sonra süre tutum dilekçesi uygulamasının ceza yargılamasında sürdürülebilirliğine ve uygulanabilirliğine ilişkin yürürlükte olan ilgili kanun maddeleri değerlendirilmek ve uygulamada mevcut problemlere değinilmek suretiyle görüşlerimize yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Süre Tutum Dilekçesi, Mahkemeye Erişim Hakkı, Anayasa Mahkemesi, İstinaf, Tefhim, Gerekçeli Karar.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 07.11.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 07.12.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1387150.

^(**) Avukat, Sakarya Barosu; İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Prog., Doktora Öğrencisi / Sakarya, Türkiye.
E-posta: egemen@gurses.av.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0003-8458-4508>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION DATED 26.07.2023 IN THE CONTEXT OF THE PRACTICE OF SUBMITTING A TIMELINE PETITION AFTER THE RANGE OF THE JUDGMENT IN THE CRIMINAL TRIAL

Abstract

Although there is no practice of submitting a time petition after the hearing in order to apply for ordinary legal remedies for the parties participating in the decision hearings and their representatives in all cases arising from private law, except for the cases heard in the enforcement law courts, and in the cases heard in the administrative and tax courts, the criminal courts, including the public prosecutor, Those who participate in the decision hearings of the cases are obliged to submit a petition stating that they will apply for the relevant legal remedy within the legal period, which varies depending on the nature of the ordinary legal remedy to be applied after the verdict is pronounced. In cases heard in criminal courts, it is accepted that persons who attend the decision hearing and are legally granted the right to resort to ordinary legal remedies lose their right to resort to ordinary legal remedies if they do not submit a petition within the relevant legal period after the decision hearing in order to reserve their right to appeal.

The decision of the Constitutional Court has abolished the necessity of submitting a petition for time limit in order to apply to ordinary legal remedies for persons to whom the verdict has been pronounced in criminal proceedings, at least in terms of applying to the appeal legal remedy. With the norm control decision of the Constitutional Court published in the Official Gazette dated 24.10.2023, the decision will come into force nine months after the date of publication in the Official Gazette, as stated in the first paragraph of Article 273 of the Code of Criminal Procedure: "... from the announcement of the verdict..." It was decided to cancel the phrase. With this decision, the obligation to submit a period of appeal petition for disputes in criminal courts has been abolished, effective as of 24.07.2024.

In the study, a general review will be made regarding the institution of time limit in criminal proceedings by evaluating the norm control decision given by the Constitutional Court, and after discussing whether the application of time limit petition violates some fundamental rights, especially the right to access the court, the sustainability and applicability of the time limit petition application in criminal proceedings will be evaluated. Our opinions will be included by evaluating the relevant legal articles in force and addressing the existing problems in practice.

Keywords

Petition for Time Limit, Right to Access to Court, The Constitutional Court, Appeal, Interpretation, Reasoned Decision.

Extended Abstract

In criminal proceedings, a petition of appeal must be submitted to reserve the right to apply to the relevant legal remedy for those who are aware of the court decision with the pronouncement of the judgement at the final hearing. In case of a failure to submit the petition of appeal, the court decision becomes final for the intervener, accused and victim who have the right to apply for legal remedy, and the right to apply for legal remedy in favor of or against the accused disappears for the public prosecutor. The purpose of submitting a petition of appeal is to ensure that the people who have the right to apply for legal remedy show their will to apply as soon as possible. Therefore, the trial is completed urgently without procrastination.

In this study, it is aimed to explain the possible effects and consequences of the execution of the petition of appeal as of 24.07.2024 with the concrete norm review decision of the Constitutional Court because of the dispute before it, not only on the legal remedy of appeal, but also on the legal remedies of appeal and objection. Accordingly, the study is divided into four separate chapters.

The first chapter of the study includes a summary of the Constitutional Court's decision. In the summary of the decision, detailed explanations on procedure and principle are provided, and considering that the decision was made by a majority of votes, the opinions presented in the dissenting opinion and the legal grounds underlying these opinions are also included.

The second chapter of the study includes the legal problems to be analyzed in the study. Although the obligation to submit a petition of appeal has been abolished for those who are aware of the decision with the pronouncement of the judgement, the continuation of the obligation to submit a petition of appeal within the legal period for those who are aware of the decision with the pronouncement of the judgement after the appellate review with a hearing, the continuation of the obligation to submit a petition of appeal for those who were present in the criminal proceedings within the scope of the third paragraph of the Article 307 of the Code of Criminal Procedure, and the continuation of the obligation for those presented at the final hearing in criminal proceedings subject to the legal remedy of appeal to submit a petition of appeal are issues that require a solution. This is because, despite the abolition of the execution for a petition of appeal with regards to the execution to the legal remedy of appeal, the continuation of the practice of submitting a petition of appeal in terms of those who are aware of the decision with the pronouncement of the judgement regarding the other legal remedies classified under the title of ordinary legal remedies is a major obstacle to ensuring a standard in practice. In this context, the options available are to terminate the practice of submitting a petition of appeal in criminal proceedings for good or to make another arrangement.

The third chapter of the study includes our examinations on the respective decision of the Constitutional Court and the order of the examination in the reasoned decision of the Constitutional Court is followed. Accordingly, after the first examination, the examination of the substantive law has been made. During the examination of the substantive law, separate evaluations were made regarding the articles of the law that were requested to be annulled by Trabzon 2nd Criminal Court of First Instance. With this regard, the respective articles that are subject to the concrete norm review were explained in detail in relation to which articles of the Constitution and for what reasons the annulment was requested. Furthermore, the opinions on the Constitutional Court's final evaluations are specified based on legal grounds.

In the fourth chapter of the study, the possible effects of the Constitutional Court's respective decision on the practice and our suggestions regarding the solutions to the problems that may be encountered in consequence of these effects are given. The application of submitting a petition of appeal in criminal proceedings imposes a heavy burden on the people who have the right to apply for legal remedy, especially the accused. Considering that the burden and the expected benefit to be obtained are not proportionate to each other, we are of the opinion that the practice of submitting a petition of appeal should be completely abolished from criminal proceedings. It is also clear that in the meantime, after the annulment of the phrase in the respective article, the number of applications for reversal in the interest of law will increase to compensate for the loss of rights suffered by those who did not submit a petition of appeal.

GİRİŞ

Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin birinci fıkrası ile 273. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 13., 36. ve 141. maddelerine aykırılık teşkil ettiği düşüncesiyle iptalleri için Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan ilk inceleme neticesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin birinci fıkrasının esasen incelenmesine, 273. maddenin birinci fıkrasının ise sadece "... hükümün açıklanmasından itibaren..." ibaresiyle sınırlı kalınmak suretiyle esasen incelenmesine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili hükümlere ilişkin yapılan değerlendirmeler sonucunda; CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'da güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkını ve gerekçeli karar hakkını ihlal eder mahiyette olmadığına karar verilmiş, CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasında geçen "... hükümün açıklanmasından itibaren..." ibaresinin ise Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline oy çokluğuyla karar verilmiştir. Bu kararlar birlik-

te ceza yargılamasında hüküm tefhim olunanlar yönünden süre tutum dilekçesi sunma zarureti istinaf kanun yoluna başvuru aşamasında 24.07.2024 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kaldırılmışsa da duruşmalı yapılan istinaf incelemeleri neticesinde hüküm tefhim olunanlar yönünden temyiz süre tutum dilekçesi sunma zorunluluğu devam etmekte, CMK'nın 307. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Yargıtay'ın bozma kararlarına uyulması halinde ilk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı sadece temyiz yoluna başvurulmakta ve bu başvuru hakkının hüküm tefhim olunanlar yönünden saklı kalması için temyiz süre tutum dilekçesinin sunulması halen zorunluluk arz etmektedir. Ayrıca, itiraz kanun yoluna başvuru için de hüküm tefhim olunanlar yönünden süre tutum dilekçesi sunulması zorunluluğu halen devam etmektedir. Çalışmada Anayasa Mahkemesi kararının özetine, bu kararın uygulamaya muhtemel etkilerine, karşılaşılabilecek hukuki problemlere ve bu problemlere ilişkin çözüm önerilerine süre tutum dilekçesi sunma uygulaması bağlamında yer verilecektir.

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KARARININ ÖZETİ

Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrası¹ ile 273. maddesinin birinci fıkrasının² Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesiyle iptalleri istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili kanun maddelerinin iptaline yönelik talebin esasına ilişkin incelemeye geçilmeden önce başvurunun yöntemine uygun olup olmadığına ve açıkça dayanaktan yoksun olup olmadığına ilişkin tetkikte bulunulmuştur. Yapılan tetkikler neticesinde; CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrasının iptal edilmesi isteminin başvuruda usulüne uygun şekilde gerekçelendirildiği ve Anayasa'nın hangi maddelerine aykırılık teşkil ettiğinin de ayrıca belirtildiği, dolayısıyla da norm denetimi kararına konu kanun maddesinin esasına ilişkin incelenmesinde herhangi bir hukuki sorun olmadığı anlaşılmıştır. CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasının iptaline ilişkin başvuru içeriğinde belirtilen hususlara ilişkin yapılan değerlendirme neticesinde ise ilgili maddenin fıkrasının iptaline ilişkin istemin incelemesinin sadece "... *hükümün açıklanmasından itibaren...*" ibaresiyle sınırlı kalmak üzere yapılabileceği; çünkü Anayasa İç Tüzüğü'nün 46. maddesinin birinci fıkrasının a bendi³ uyarınca itiraza konu edilen hükmün diğer kısımlarının Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı oldu-

¹ CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrası: "*Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.*"

² CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrası: "*İstinaf istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır; beyan tutanağına geçilir ve tutanak hâkime onaylatılır. Tutuklu sanık hakkında 263 üncü madde hükmü saklıdır.*"

³ Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 46. maddesinin birinci fıkrasının a bendi: "*Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi,*"

ğunun başvuruda gösterilmediğinin ve dolayısıyla da bu hususun Anayasa İç Tüzüğü'nün 49. maddesinin birinci fıkrasının b bendine⁴ aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.

İlgili kanun maddelerinin iptali bakımından yapılan başvurunun incelenmesinde Anayasa Mahkemesi, her iki kanun maddesine ilişkin maddi hukuk incelemesini ayrı biçimde yapmıştır. CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrasında karar duruşmasında hükümün ve hükme ne şekilde varıldığına dair gerekçenin duruşmaya katılanlara mahkemece ana hatlarıyla izah edileceği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne ilgili kanun maddesinin iptali istemiyle başvuruda bulunan Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi iptal talebinin gerekçesini; Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen gerekçeli karar hakkına atıfta bulunarak ceza yargılaması sonunda karar verilirken mahkemelerce hükümün ne şekilde ve ne yeterlilikte tefhim edildiğine dair denetim yapılmasının mümkün olmadığı ve dolayısıyla da bu hususun gerekçeli karar hakkı başta olmak üzere adil yargılanma hakkının ihlali ile temel hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunu doğuracağı şeklinde yapmıştır. Anayasa Mahkemesi ise esasa ilişkin yaptığı değerlendirmede; gerekçeli karar hakkının Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlendiği ve ayrıca bu hak ihlaline dair Anayasa Mahkemesi'ne sunulan başvurularda incelemelerin titizlikle yapıldığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, karar duruşmalarında duruşma tutanağına geçirilen hükmü duruşmaya katılanlara ana gerekçeleriyle açıklanmasına ilişkin kanun maddesinin Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisinin bulunmadığı, 36. ve 141. maddelerine ise aykırılık teşkil etmediğine oy birliğiyle karar vermiştir. Gerekçe olarak; Anayasa'nın 141. maddesinde mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının zorunluluk teşkil ettiği belirtilmişse de bu zorunluluğun mutlaka duruşma devresinin sonunda olması gerektiğine ilişkin bir ibarenin madde lafzında bulunmadığı ve ayrıca mahkemenin kararının gerekçesinin karar duruşması tutanağına geçirilmediği durumlarda CMK'nın 232. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hükümün açıklanmasından itibaren on beş gün içinde dava dosyasına konulacağı, bu kuralın da kişilere kanuni güvenceyi yeterli şekilde sağladığı hususları gösterilmiştir.

CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasında istinaf isteminin nasıl, ne zamandan itibaren ve kaç günde yapılacağına ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiş, ilgili madde fıkrasının son cümlesinde tutuklu sanık hakkında CMK'nın 263. maddesinin saklı olduğu belirtilmiştir. Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasının iptali talebine gerekçe olarak; sanığın karar gerekçesini bilmeksizin istinaf kanun yoluna başvurmamasının hükümün tefhiminden itibaren başlatılması suretiyle kurala bağlanmasının sanığa ağır bir külfet yüklediği ve dolayısıyla da ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil et-

⁴ Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 49. maddesinin birinci fıkrasının b bendi: "*İtiraz yoluna ilişkin işlerde ise esas incelemeye geçilmeksizin başvurunun reddine, Karar verilir.*".

tiği hususu gösterilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesince yapılan başvuruda sadece “... *hükümün açıklanmasından itibaren...*” ibaresine ilişkin açıklamalarda bulunulmuş olması, birinci fıkrada geçen diğer ibarelere yönelik söz konusu ibarelerin Anayasa’nın hangi maddelerini ve ne suretle ihlal ettiğine ilişkin gerekçelendirme yapılmamış olması nedeniyle sadece “... *hükümün açıklanmasından itibaren...*” ibaresinin Anayasa’nın 13., 36. ve 141. maddelerini ihlal boyutuyla sınırlı kalacak şekilde inceleme yapmıştır. Kurala ilişkin yapılan değerlendirme neticesinde kuralın yürürlükteki hali itibarıyla Anayasa’nın 13. ve 36. maddelerini ihlal eder nitelikte olduğuna ve dolayısıyla da söz konusu kuraldaki ibarenin iptaline, Anayasa’nın 141. maddesi yönünden incelenmeksizin oy çokluğuyla karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla vermiş olduğu kararında öncelikle; CMK’nın 273. maddesinin birinci fıkrasından istinaf kanun yoluna başvuru süresinin hüküm tefhim olunanlar yönünden karar duruşmasından itibaren başlayacağı ve sürenin yedi gün ile sınırlı olduğunun anlaşıldığını belirtmiştir. Kanun koyucunun istinafa başvuru süresini hükmün tefhiminden itibaren başlatmasındaki amaç; hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması adına istinafa başvuru hakkına sahip olanların başvuru iradelerini ivedilikle göstermelerini sağlamaktır. Ancak, kişilerin güvenilir hukuk ve adalet anlayışı çerçevesinde istinafa başvurmaları ve dolayısıyla da mahkemeye erişim hakkından sağlıklı şekilde yararlanabilmeleri için verilen kararın gerekçelerine de tam anlamıyla vakıf olmaları gerekmektedir. Çünkü kişinin istinafa başvuru nedeni sadece kararın sonucuna ilişkin değil, karara dayanak gösterilen gerekçeye ilişkin de olabilmektedir. Ayrıca CMK’nın 232. maddesinin üçüncü fıkrasında hükmün gerekçesiyle birlikte tutanağa geçirilmediği durumlarda hükmün açıklanmasından itibaren en geç on beş gün içerisinde gerekçeli kararın dava dosyasına konulacağı şeklinde belirtilen ibarenin de gerekçeli karar yazılması için makul bir süre öngördüğü ve bu hususun da gerekçeli kararın tarafa bildirilmesinden sonra başlatılmasının hukuki güvenlik ve istikrarı sağlamaya en az itiraz konusu kural kadar elverişli olduğunun da açık olduğu Anayasa Mahkemesi’nce belirtilmiştir. Belirtilen nedenlerle mahkemeye erişim hakkına gereksiz sınırlama getiren CMK’nın 273. maddesinin birinci fıkrasındaki “... *hükümün açıklanmasından itibaren...*” ibaresinin Anayasa’nın 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğundan ötürü iptaline oy çokluğuyla karar verilmiştir⁵.

CMK’nın 273. maddesinin birinci fıkrasının iptaline dair karara muhalif üyeler ise karara iştirak etmemelerine gerekçe olarak; CMK’nın 275. maddesinin ikinci fıkrasında⁶, hükmün duruşmada hazır bulunanlara detaylı gerekçesiyle

⁵ AYM Kararı, E. 2022/144, K. 2023/137, 26.07.2023.

⁶ CMK’nın 275. maddesinin ikinci fıkrası: “*Hüküm, istinaf yoluna başvuran Cumhuriyet savcısına veya ilgililere gerekçesiyle birlikte açıklanmamışsa; hükme karşı istinaf yoluna başvurulduğunun mahkemece öğrenilmesinden itibaren gerekçe, yedi gün içinde tebliğ edilir.*”.

birlikte açıklanmadığı durumlarda hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulduğunun mahkemeye öğrenilmesinden itibaren gerekçenin yedi gün içerisinde tebliğ edilmesi hususunun düzenlendiğini dolayısıyla da ilgili kanun maddesinin lafzından ceza mahkemesinin kararın verildiği andan itibaren yedi gün içerisinde hükme esas gerekçeyi tarafa tebliğ etmekle yükümlü olduğu sonucuna ulaşılması gerektiği, ayrıca istinaf başvurusundan feragatin de mümkün olduğu tüm bu hususların da kanun yoluna başvuru hakkına sahip kişilerin aleyhine sonuç doğurmayacağını göstermişlerdir.

II. HUKUKİ PROBLEM

Ceza yargılamasında hüküm tefhim olunan kişilerin kanun yoluna müracaat haklarını mahfuz tutmak için mahkemeye süre tutum dilekçesi ibraz etmeleri zorunludur. Ancak bu yasal zorunluluk, Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2023 tarihinde vermiş olduğu karar ile istinaf kanun yoluna başvuru yönünden söz konusu kararın Resmi Gazete'de yayım tarihi olan 24.10.2023 tarihinden itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girmek üzere kaldırılmıştır. Her ne kadar istinafa başvuru için hükmü tefhimle öğrenenler yönünden süre tutum dilekçesi sunma zorunluluğu kaldırılmışsa da duruşmalı yapılan istinaf incelemesinde hükmü tefhimle öğrenenler yönünden on beş gün içerisinde temyiz süre tutum dilekçesi sunma, CMK'nın 307. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kalan yargılamada hazır bulunanların temyiz süre tutum dilekçesi sunma ve itiraz kanun yoluna tabi ceza yargılamasında karar duruşmasında hazır bulunanlar yönünden itiraz süre tutum dilekçesi sunma zorunlulukları devam etmektedir. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin istinaf süre tutum dilekçesinin kaldırılmasına ilişkin verdiği karar vasıtasıyla ulaşmak istediği sonuca tezat düşmektedir. Şöyle ki; Anayasa Mahkemesi'nin norm denetim kararı ile CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasında geçen "... hükümün açıklanmasından itibaren..." ibaresinin iptal edilmesiyle istinaf süre tutum dilekçesi uygulaması 24.07.2024 tarihi sonrası için kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kendi kararında yaptığı nitelendirmeye göre kişilerin mahkemeye erişim hakkının önüne geçen bu düzenlemenin hukuk sistemimizden çıkarılması amaçlamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararının isabetli olduğunun düşünülmesi takdirinde bu durum mevcut haliyle diğer olağan kanun yollarına başvuru usullerini kapsamadığından kişilerin mahkemeye erişim hakkının halen zedelenmekte olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı bağlamında öncelikle, süre tutum dilekçesi uygulamasının ceza yargılamasından tümüyle kaldırılıp kaldırılmaması gerektiği düşünülmelidir. İkinci olarak düşünülmesi gereken ise 24.07.2024 tarihi itibarıyla istinaf süre tutum dilekçesi uygulamasının sona ereceği nazara alındığında önceki dönemlerde istinaf süre tutum dilekçesi ibraz etmediği gerekçesiyle sanık, katılan ve mağdur istinaf kanun yoluna başvurma haklarını kaybettiği haller için her yargılama özelinde bu hakkını kaybedenlerin kanun yararına bozma veya

eski hale getirme talebinde bulunmaları durumunda bu taleplere ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi bağlamında ne şekilde karar verileceğinin de belirlenmesidir. Son olarak; her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin kararında karşı oy gerekçesi olarak CMK'nın 275. maddesinin ikinci fıkrasının sağladığı güvenceden bahsedilmişse de uygulamada gerçekten böyle bir güvencenin olup olmadığı, ceza mahkemelerince ilgili kanun maddesine uyulmasının pratikte mümkün olup olmadığının ve bu hususun ayrıca diğer olağan kanun yolları özelinde de değerlendirilmesi gerekmektedir. İzah edilen tüm bu problemlerin süre tutum dilekçesi müessesesi çatısı altında hak ihlallerine sebebiyet verip vermediklerinin de ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.

III. İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURU SÜRECİ

Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2023 tarihli kararında, ceza yargılamasında istinafa başvuru süresinin başlangıcına dair hükmün Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmiştir. Bu bağlamda; günümüz uygulamasında ceza yargılamasında istinaf kanun yoluna başvuru sürecine ilişkin önemli hususlara değinilmesi, Anayasa Mahkemesi kararının daha sağlıklı şekilde anlaşılabilmesi ve değerlendirilebilmesi adına zorunluluk arz etmektedir.

A. İSTİNAF KANUN YOLU HAKKINDA GENEL BİLGİ

Ceza yargılamasında istinaf; dil bilgisi bağlamında “yeniden başlama” anlamına gelen⁷, ilk derece mahkemesinin kararına karşı başvurulabilen genişletilmiş temyiz⁸ olarak da isimlendirilen ve ikinci derece kanun yolu⁹ olarak kabul gören kanun yoludur¹⁰. İstinafin amacı içtihat birliğini sağlamaktan ziyade maddi olayların incelenmesini yeniden gerçekleştirmektir¹¹. İstinaf kanun yoluna konu edi-

⁷ Feridun Yenisey ve Aysel Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 937; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 766; Fatih Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 24; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alaşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 669.

⁸ Bahri Öztürk, editör, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 703; Hüsnü Aldemir, *Ceza Yargılamasında Kanun Yolları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 215; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 938; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 766.

⁹ Öztürk, editör, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 738; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 604; Muharrem Özen, “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), (2016), 2342.

¹⁰ Öztürk, editör, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 698; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2022), 642; Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Isparta: Asil Yayın Dağıtım, 2006), 406; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 400.

¹¹ Yusuf Solmaz Balo, “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen İstinafin Değerleri ve Bunların Sağlanabilirlik Koşulları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 1, S. 7, (2016), 210; Temyizin içtihat mahkemesi olmasının hedeflendiğine ilişkin açıklamalar için bakınız. Fatih Birtek, “Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk*

len ilk derece mahkemesi kararları hem maddi hem hukuki yönden incelenmektedir¹². Maddi yönden incelemeyen kast olunan; uyuşmazlık konusu olayın içeriğini oluşturan fiilin kim tarafından, ne zaman, nasıl ve nerede işlendiği sorularının cevaplandırılması, bir başka deyişle maddi gerçeğin araştırılması ve ortaya konulması faaliyetinin değerlendirilmesi ve katkıda bulunulmasıdır¹³. Hukuki yönden incelemeyen kast olunan ise uyuşmazlık konusu olaya ilişkin maddi gerçeğin tespitinden sonra fiilin gerçekten suç teşkil edip etmediğinin, yargılamanın ne şekilde yürütüleceğinin ve cezalandırma yoluna gidilmesinin isabetliliğine ilişkin yapılan değerlendirmelerdir¹⁴.

B. İSTİNAF BAŞVURUSUNA KONU EDİLEBİLECEK KARARLAR

İlk derece mahkemesinin nihai kararlarına karşı kural olarak istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir. İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı kanun yolunun açık olup olmadığı, kanun yoluna başvuru imkânı varsa hangi kanun yoluna başvurulması gerektiği ilk derece mahkemesi tarafından belirtilmektedir¹⁵. Bu bağlamda, CMK'nın 223. maddesinde tanımlanan hüküm çeşitlerine karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir. Kural, ilk derece mahkemesince verilen nihai kararlara karşı istinafa başvuru imkânının bulunduğu şekilde olmakla birlikte her kuralda olduğu gibi bu kuralın da istisnaları bulunmaktadır. Şöyle ki; CMK'nın 272. maddesinin üçüncü fıkrasında tahdidi şekilde sayılan nihai kararlar kesin hüküm niteliğinde olduğundan bu kararlara karşı istinaf yolu kapalıdır¹⁶.

C. İSTİNAFA BAŞVURU HAKKI BULUNANLAR

Ceza mahkemelerinin nihai kararlarına karşı hukuki yararları bulunan yargılamanın süjeleri ve yargılama süjesi olmasa bile kararın kendi menfaatini etkilediği düşüncesinde olan kişiler menfaatlerinin zedelendiklerini iddia ettik-

Fakültesi Mecmuası, C. 80, S. 4, (2022), 1335; Kazım Furkan Ağuş ve Oğuz Bandır, "Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolu ve Getirdiği Tartışmalar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 162, (2022), 115.

¹² Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 400; Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010), 19; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 937; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 768; Öztürk, editör, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 700; Naci Şensoy, "İstinaf", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 12, S. 4, (1946), 1060; Gökçen, Balcı, Alaşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 669.

¹³ Aldemir, *Ceza Yargılamasında Kanun Yolları*, 215; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 937; Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 224.

¹⁴ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 937; Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 225-226.

¹⁵ İlk derece mahkemesi tarafından yapılan bu belirtme, ilgili kanun hükmünde yazılı olduğu için ve kanun hükmüne dayalı olarak yapılmaktadır. Ayrıca bakınız. Seydi Kaymaz, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S. 1, 2016, 109.

¹⁶ Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 117.

leri konuyla sınırlı kalmak kaydıyla istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir¹⁷. CMK'nın 260., 261. ve 262. maddeleri uyarınca kanun yollarına ve dolayısıyla da istinafa; Cumhuriyet savcısı, sanık, sanığın temsilcisi ile eşi, müdafii¹⁸, davaya katılmasına karar verilenler, davaya katılma isteğine ilişkin karar verilmemiş olanlar, davaya katılma isteği reddedilenler, katılan sıfatını almaya haiz suçtan zarar görenler ve katılan vekili tarafından başvurulabilmektedirler¹⁹.

D. İSTİNAFA BAŞVURU SÜRESİ VE USULÜ

İstinaf başvurusunun konusunu ilk derece mahkemesinin nihai kararı oluşturmaktadır. İlk derece mahkemesi nihai kararını verdiği anda mahkemenin huzurunda hazır olabilir veya karar yokluklarında verilebilir. İstinaf kanun yoluna başvuru hakkı bulunanların karar anında mahkeme huzurunda bulunmaları bazı durumlarda zorunlu²⁰, bazı durumlarda ise ihtiyari olabilmektedir²¹. Dosya üzerinden inceleme yapılarak görevsizlik kararı²² verildiği durumlarda ise kararın tefhimle öğrenilmesi mümkün olmamaktadır.

İlk derece mahkemesinin nihai kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvuru süresi yedi gündür. Yedi günlük süre, hak düşürücü süre niteliğindedir²³. An-

¹⁷ Mustafa Ruhan Erdem ve Candide Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 40-41, Özen, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", 2362; Rezzan İtişgen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 5, S. 16, (2014), 382.

¹⁸ Avukatın istinafa başvurusu için vekaletnamesinin bulunmasının zorunlu olmadığı, mahkemenin duruşma esnasında avukatı müdafii veya vekil olarak kabul etmesinin kanun yoluna başvuru yetkisinin varlığının kabulüne yeterli olduğuna ilişkin açıklamalar için bakınız. Cengiz Apaydın, *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları - Ceza Hukuku Monografileri -*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 108.

¹⁹ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 745; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 632-633; Aldemir, *Ceza Yargılamasında Kanun Yolları*, 239-240; Özen, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", 2360-2362.

²⁰ Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan ötürü yapılan yargılamada karar duruşmasında hükmün açıklanabilmesi için - CMK'nın 216. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde belirtilen aksine - sanık duruşmada olmasa bile sanık müdafinin (özel vekaletnameli veya zorunlu görevlendirilen müdafii) duruşmada hazır bulunması zorunluluk arz ettiği kabul edilmektedir.

²¹ Zorunlu müdafiliğe tabi olmayan suçlara ilişkin yargılama yapılan dosyalarda, sanık yargılama konusunu oluşturan suçtan veya başka bir suçtan tutuklu değilse, herhangi bir başkaca suçtan ötürü hükümlü olarak cezaevinde değilse mahkemece nihai karar, tarafların yokluğunda Cumhuriyet savcısının huzurunda verilebilmektedir.

²² Davaya bakan mahkeme davaya bakmakla görevli olup olmadığına her aşamada karar verebilir. Uygulamada çoğunlukla karşılaşılan, iddianamenin kabulü kararından sonra tensip zaptı oluşturulmakla görevsizlik kararı verildiğinin açıklanması ve müteakiben mahkemenin görevsizliğine ilişkin gerekçeli kararın yazılmasıdır. Tüm bu aşamaların yerine getirilmesi de dosya üzerinden yapılan incelemeyle sağlanmaktadır.

²³ Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu*, (İstanbul: İstanbul Fakülterel Matbaası, 1979), 145; Ülkem Cansu Aygün Karakoyunlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 2, (2023), 263; Aldemir, *Ceza Yargılamasında Kanun Yolları*, 89, Birtok, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 170.

cak, CMK'nın 272. maddesinin birinci fıkrasında on beş yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin verilen kararların bölge adliye mahkemelerince re'sen inceleme-ye tabi tutulacağı düzenlenmiştir²⁴. Bir başka deyişle, ilk derece mahkemesince sanık hakkında on beş yıl ve üzeri bir hapis cezası verilmesi halinde bu kararın istinafa taşınması için yedi gün içerisinde başvuruda bulunulması zorunluluğu mevzu bahis değildir²⁵.

On beş yıl ve üzeri hapis cezalarına ilişkin ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlar dışındaki tüm kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması ihtiyaridir. Bu nedenle, istinafa başvuru süresinin dikkatle takip edilmesi çok önemlidir. Tam bu noktada, istinafa başvuru hakkı olanların ilk derece mahkemesinin nihai kararını ne şekilde öğrendiği mühim hale gelmektedir. İstinaf kanun yoluna konu edilmek istenen kararın uygulamada tefhimle veya tebliğle öğrenilebileceği kabul edilmektedir²⁶. Tefhim, kararın mahkemenin huzurundayken öğrenilmesi yani mahkeme kararının kişinin yüzüne karşı okunmasıdır²⁷. Tebliğle öğrenmeden kast olunan ise mahkemenin karar verdiği anda mahkeme huzurunda olmayan tarafa veya vekiline nihai kararın posta yoluyla gönderilmesi neticesinde kararın öğrenilmesidir²⁸.

1. Nihai Kararın Tebliğ ile Öğrenilmesi Halinde İstinafa Başvuru Süresi ve Başvuru Usulü

İlk derece mahkemesince nihai karar, istinaf kanun yoluna başvurma hakkına sahip kişilerin yokluğunda verilmişse, yedi günlük istinaf süresi; kararın verildiği günden itibaren değil, kararın ilgisine tebliğinden itibaren başlamaktadır. İstinafa başvuru hakkı sahibine kararın gerekçeli hali tebliğ edilmektedir ve kişi kararı tebellüğ etmiş sayıldığı günün ertesi gününden itibaren yedi gün içerisinde istinafa başvurma iradesi varsa bu iradesini ortaya koymak zorundadır. Kişi, istinaf başvuru dilekçesini fiziki olarak ilgili mahkemesine sunabileceği gibi başka bir yerde bulunan mahkeme kanalıyla ulaştırılması suretiyle yetkili ve görevli mahkemeye dilekçesini gönderebilir, ilgili mahkemenin zabıt kâtibine beyanda bulunabilir veya avukatı var ise Uypap sistemi üzerinden de istinaf başvuru dilekçesini sunabilir.

²⁴ Gökçen, Balcı, Alaşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 671; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 644.

²⁵ Mustafa Atalan, "Türk Ceza Yargılamasında İstinaf Mahkemesi Kararlarının Kesin Niteliği ve Kanun Yollarına Başvuru", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 14, S. 53, (2023), 51; Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 169; Özen, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", 2363.

²⁶ Kaymaz, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", 108; Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 170.

²⁷ CMK'nın 35. maddesinin birinci fıkrası: "İlgili tarafın yüzüne karşı verilen karar kendisine açıklanır ve isterse kararın bir örneği de verilir."

²⁸ Tebliğat usullerine ilişkin detaylı açıklamalar için bakınız. Esat Demirciler, *Ceza Yargılamasında Temyiz Kanun Yolu Rehberi*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2021), 45-53.

Uygulamada, başka suçtan tutuklu veya hükümlü olup da cezaevinde bulunan sanığın yokluğunda karar verildiği durumlarda²⁹ veya karar tarihi itibariyle cezaevinde olmamasına rağmen mahkemenin gerekçeli kararının tebliği öncesinde herhangi bir nedenden ötürü cezaevine gönderilen sanığa gerekçeli karar cezaevinde tebliğ edilir³⁰. Sanık CMK'nın 263. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca istinaf kanun yoluna cezaevi kurumu müdürlüğüne vereceği dilekçe veya cezaevi müdürüne bulunacağı beyan vasıtasıyla başvurabilir³¹.

İlk derece mahkemesi kararını tebliğ yoluyla öğrenen kişi, kararı tefhimle öğrenen kişiden farklı olarak mahkeme kararının hangi gerekçelerle verildiğine ilişkin bilgi sahibidir. Çünkü kararı tefhimle öğrenen kişilere CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrası uyarınca hüküm ana gerekçeleriyle anlatılmasına rağmen kişi duruşma esnasında mahkemece kendisine hükmün gerekçesi anlayabileceği basitlikte belirtilse dahi karar anının verdiği heyecanla ilgili açıklamaları tam anlamıyla dinleyememektedir. Ayrıca, gerekçeli karar hakkının Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası ile CMK'nın 34. maddesinde düzenlendiği ve bu hakkın adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği dikkate alındığında kararı tefhimle öğrenen istinaf kanun yoluna başvuru hakkı sahibi kişi için başvuru süresinin kararın gerekçesine tam anlamıyla hakim olmadan başlaması adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelebilmektedir³². Nitekim çalışmamızda ilerleyen bölümlerde bu mesele tartışılmıştır.

2. Nihai Kararın Tefhimle Öğrenilmesi Halinde İstinafa Başvuru Süresi ve Başvuru Usulü

Mahkemenin nihai kararı yüzüne karşı okunan yargılamanın tarafı kişi, kararın usul ve yasaya aykırı olduğu kanaatinde ise kararın tefhiminden itibaren yedi gün içerisinde istinaf kanun yoluna başvuracağına ilişkin iradesini mahkemenin zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle veya mahkemeye dilekçe sunma suretiyle göstermelidir³³. İstinaf kanun yoluna müracaat dilekçesi, kararı veren mah-

²⁹ Uygulamada; sanık başka bir dosyadan tutuklu veya hükümlü olarak cezaevinde bulunuyorsa ve sanık, talebi doğrultusunda duruşmalardan varestede tutulmamışsa karar duruşmalarında cezaevindeki sanığın duruşmaya celbi için bulunduğu cezaevine müzekkere yazılarak sanığın duruşmada hazır edilmesi mahkemece talep edilmektedir. Ayrıca bakınız. Y.4.CD, 14.10.2021, E. 2020/8124, K. 2021/24580; "Sanık ...'nın, hükmün açıklandığı duruşmada ... M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda başka suçtan hükümlü olduğu ve farklı yargı çevresinde cezaevinde bulunduğu anlaşılma, 5271 Sayılı CMK'nın 193/1 ve 196/5. maddelerine aykırı olarak, varestede tutulma talebi olmadan, duruşmada bizzat veya SEGBİS vasıtasıyla hazır edilmeyerek, yokluğunda yargılamaya devam edilip hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle savunma haklarının kısıtlanması... HÜKÜMLERİN BOZULMASINA, ...".

³⁰ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 747; Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 173; Aygün Karakoyunlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf", 263.

³¹ Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 173.

³² İstinafa başvururken gerekçe bildirme zorunluluğu bulunmadığından hükmü tefhimle öğrenenler için gerekçeli kararın tebliğinin zorunluluk arz etmediğine ilişkin görüş için bakınız. Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu*, 147-148.

³³ Gökçen, Balcı, Alaşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 676-677.

kemeye sunulabileceği gibi kararı veren mahkemeye gönderilmek üzere başka bir mahkeme aracılığıyla da sunulabilmektedir.

Uygulamada, hükmü tefhimle öğrenenler istinafa başvurma iradesini “süre tutum dilekçesi” olarak isimlendirilen dilekçeyi sunma suretiyle göstermektedirler. Her ne kadar bu dilekçeye süre tutum dilekçesi denilmekteyse de tüm olağan kanun yollarında olduğu gibi istinafa başvurunun da süreye tabi olması ve yedi günlük sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğunun anlaşılması gerekmesi karşısında süre tutum dilekçesinin vasfının süreyi tutmak veya durdurmak değil, istinaf sebeplerinin gerekçeli kararın tebliğinden sonra sunulacağına mahkemeye bildirilmesi olduğunun anlaşılması gerekmektedir³⁴.

Hükmü tefhimle öğrenen kişi istinafa başvurma iradesini süre tutum dilekçesi sunma suretiyle gösterdikten sonra ayrıca kendisine veya varsa vekiline ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararı tebliğ edilmektedir. İstinafa başvurma hakkına sahip yargılama süjesi, hükmün yüzüne karşı okunmasına müteakiben sunduğu süre tutum dilekçesi vasıtasıyla zaten istinafa başvurmuş kabul edilmektedir. Bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesi tarafından yapılacak istinaf incelemesinde; maddi vakıa denetimi de yapıldığından ötürü başvuru süresi tutum dilekçesinde veya gerekçeli kararın tebliğinden sonra sunduğu ek dilekçede belirttiği başvuru nedenlerini kapsar şekilde değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Ancak, kişinin süre tutum dilekçesi verdikten sonra gerekçeli kararın kendisine tebliğ edilmesine müteakip ek dilekçe vermesi istinaf incelemesi neticeleninceye kadar mümkün olmakla birlikte sadece süre tutum dilekçesini sunmasıyla istinafa başvurmuş kabul edildiğinden ayrıca istinafa başvuru nedenlerini içerir ek bir dilekçe vermesi zorunluluk arz etmemelidir³⁵.

Sonuç olarak; mahkeme kararını tefhimle öğrenen ve dolayısıyla kararın gerekçesini tam anlamıyla bilmeyen kişinin yaptığı istinaf başvurusu ile hükmün gerekçesi hakkında detaylı bilgi sahibi kişinin yaptığı istinaf başvurusunda istinaf incelemesinin hem maddi vakıaya hem de hukuka aykırılık hallerine ilişkin yapıldığı dikkate alındığında kamusal açıdan bakıldığında herhangi bir farkın olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Ancak bu durumun savunma hakkına etkisinin ayrıca tartışılması gerektiği de bir gerçektir.

³⁴ Fahri Gökçen Taner, “5271 Sayılı CMK’nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, (2017), 64; Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 170.

³⁵ Birtek, “Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk”, 1350; Aslan Abid Uğuz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 50; Temyiz aşamasında ise gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde gerekçeli temyiz dilekçesinin sunulması zorunluluk arz etmekte olup temyiz başvurusuna dayanak teşkil eden gerekçelerin belirtilmesiz başvuru bulunulması veya gerekçe içerir temyiz başvurusunun gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedinci gün ve on beşinci günler arasında yapılması durumunda temyiz isteminin dosyanın esasına girilmeksizin reddedileceği kabul edilmektedir. Ayrıca bakınız. Mustafa Ruhan Erdem ve Cihan Kavlak, “Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları”, *Yargıtay Dergisi*, C. 44, S. 4, (2018), 1431.

a. Süre Tutum Dilekçesinin İçeriği

Süre tutum dilekçesi, nihai kararın duruşma yapılmak suretiyle verildiği ve karar anında kanun yoluna başvuru hakkına sahip kişinin mahkeme huzurunda bulunduğu durumlarda sunulmaktadır. İlk derece mahkemesi, görev ve yetkiye ilişkin kararların istisna teşkil etme ihtimali saklı olmak üzere diğer tüm kararlarını duruşma esnasında açıklar. Bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesince yapılan istinaf incelemeleri ise istisnalar hariç dosya üzerinden ilerlediğinden temyiz kanun yoluna başvuru için süre tutum dilekçesi sunma uygulaması istisnaidir. Ancak bölge adliye mahkemesinde istinaf incelemesi duruşmalı yapılırsa ve hüküm tefhimle öğrenilirse veya CMK'nın 307. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Yargıtay bozma ilamı sonrasında ilk derece mahkemesince bozma ilamına uyularak yargılamaya devam edilmesi neticesinde karar duruşmasında hüküm tefhimle öğrenilirse temyiz süre tutum dilekçesi verilmesi zorunluluk arz etmektedir.

Uygulamada, istinaf süre tutum dilekçesi ile temyiz süre tutum dilekçelerinin içerikleri arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Her iki süre tutum dilekçesi içeriğinde de verilen kararlara karşı üst mahkemeye başvurma iradesinin açık ve anlaşılır şekilde ortaya konulması yeterlidir³⁶. İstinaf kanun yoluna başvururken Cumhuriyet savcısı haricindeki başvuru hakkına sahip kişilerin başvurularında gerekçe belirtme zorunlulukları bulunmamaktadır³⁷. Temyiz kanun yoluna müracaat ise biraz daha farklıdır. Şöyle ki; temyiz aşamasında maddi vakia denetimi süreci istinaftaki gibi işlemeyen ve temyiz incelemeleri genel itibarıyla hukuka aykırılık yönünden yapılır³⁸. Bu nedenle CMK'nın 295. maddesinin birinci fıkrası uyarınca da temyiz başvurusunda temyiz nedenlerinin gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Temyiz yolu açık mahkeme kararını tefhimle öğrenen kişi süre tutum dilekçesini ibraz ettikten sonra gerekçeli kararın kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde temyiz nedenlerini içeren ek bir dilekçe vermek durumundadır³⁹. Aksi halde, yani temyiz başvurusuna dayanak teşkil eden nedenler gösterilmediği takdirde CMK'nın 298. maddesi uyarınca temyiz isteminin reddine karar verilmektedir.

Cumhuriyet savcısı yönünden ise yukarıda anlatılan hususlar kısmen farklılık arz etmektedir. Şöyle ki; temyiz başvurusunda gerekçe belirtilmemesi halinde

³⁶ Birden fazla suç yönünden hüküm kurulması halinde kanun yoluna başvuruda her bir hüküm fıkrası için ayrı ayrı talep te bulunulması gerektiğine ilişkin bakınız. Gökçen, Balci, Alaşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 677.

³⁷ Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 646-647.

³⁸ Erdem ve Kavlak, "Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları", 1423-1424; Temyiz aşamasının hukuki derece kanun yolu olarak nitelendirilebileceğini ilişkin detaylı açıklamalar için bakınız. Ağkuş ve Bandır, "Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolu ve Getirdiği Tartışmalar", 108; Birtek, "Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk", 1335.

³⁹ Söz konusu yedi günlük sürenin düzenleyici nitelikte değil, hak düşürücü süre niteliğinde olduğuna ilişkin bakınız. Y.C.GK, 13.12.2022, E. 2019/452, K. 2022/793; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 661-662.

temyiz isteminin reddedileceğine ilişkin kanuni düzenleme CMK'nın 298. maddesinin birinci fıkrasında mevcutken Cumhuriyet savcısının istinaf talebini gerekçelendirmemesine dair istinaf isteminin reddedileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, CMK'nın 273. maddesinin beşinci fıkrasında istinaf kanun yoluna başvuracak Cumhuriyet savcısının sunacağı dilekçede sanığın lehine mi yoksa aleyhine mi kanun yoluna başvurduğuna ilişkin istinaf nedenlerini belirtmek zorunda olduğu düzenlenmiştir⁴⁰. Bu durum, uygulamada problemlere yol açabilmektedir. Cumhuriyet savcısının istinaf başvuru dilekçesinde herhangi bir gerekçe bulunmadığı takdirde başvurunun ne şekilde işlem görmesi gerektiği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Birinci görüşe göre dosyanın Cumhuriyet savcısına dilekçesinde belirtmediği gerekçeleri sunması amacıyla geri gönderilmesi gerekmektedir⁴¹. Bu bağlamda Cumhuriyet savcısının istinaf dilekçesinde gerekçe belirtilmediği takdirde başvurunun reddine karar verilmemelidir⁴². İkinci görüşe göre Cumhuriyet savcısının istinaf istemi inceleme dışı bırakılmalıdır⁴³. Son görüşe göre ise Cumhuriyet savcısı istinaf dilekçesinde sanığın lehine mi yoksa aleyhine mi başvurduğuna ilişkin gerekçe belirtmese dahi istinaf incelemesi dosyanın her yönüyle yapıldığından CMK'nın 273. maddesinin beşinci fıkrasının bir anlam teşkil etmediği, Cumhuriyet savcısının istinaf başvurusunun kabulünün gerektiği ancak başvuruya ilişkin değerlendirmenin sanık lehine yapılması gerektiği kabul edilmelidir⁴⁴. Kanaatimizce, gerekçesiz istinaf dilekçesi sunulması halinde dilekçenin gerekçelerini bildirmesi için Cumhuriyet savcısına gönderilmesi şeklindeki görüş dosyanın akıbetinin sağlıklı şekilde belirlenmesi adına isabetlidir.

Sonuç olarak; süre tutum dilekçesi içeriğinde dilekçeye konu edilen nihai kararın üst mahkemeye taşınması iradesi ortaya konulmalıdır. Uygulamada; bazı durumlarda kanun yoluna müracaat hakkına sahip kişilerin hükmü tefhimle öğrendikten sonra sundukları süre tutum dilekçesi içeriklerinden, yanlış kanun yoluna başvurdukları tespit edilebilmektedir. Örnek vermek gerekirse; Yargıtay'dan ilk derece mahkemesine dönen dosya kapsamında yapılan yargılama neticesinde ilk derece mahkemesince bozma ilamına uyulmak suretiyle karar verildiği takdirde başvurulması gereken kanun yolu temyiz olmasına rağmen uygulamada bu husus sehven göz ardı edilebilmekte ve istinafa başvurma yoluna gidilebilmektedir. Ancak, bu ihtimali kanun koyucunun da öngörmüş olduğu; CMK'nın 264.

⁴⁰ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 751; Birtok, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 183.

⁴¹ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 627.

⁴² Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 60; Birtok, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 135; Apaydın, *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları - Ceza Hukuku Monografileri -*, 138.

⁴³ Özen, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", 2362.

⁴⁴ Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 60.

maddesinin gerekçesinden anlaşıldığından kanun yolunda yanılma halinde nihai kararın üst mahkemeye taşınması iradesinin belirtilmesinin yeterli sayılması gerektiği ve süre tutum dilekçesi vasıtasıyla yapılan başvurunun geçerli kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁵.

Tüm bu hususlara ilaveten önemle belirtilmelidir ki, ülkemizde yargılanan yabancı uyruklular yönünden de ilk derece mahkemesinin kararı ister tefhimle ister tebliğ yoluyla öğrenilmiş olsun başvuru dilekçesinin Türkçe sunulmuş olması gerekmektedir, eğer dilekçe yabancı dilde yazılmış ise tercümesinin olması koşuluyla bu başvuru dilekçesi de kabul görmektedir⁴⁶.

IV. DEĞERLENDİRME

A. GENEL OLARAK

Anayasa Mahkemesi'nin kanunların Anayasa'ya uygunluğunu şekil ve esas bakımından inceleme yetkisi bulunmaktadır⁴⁷. Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı bu inceleme norm denetimi olarak adlandırılmaktadır. Norm denetiminde iptal davası (soyut norm denetimi) ve itiraz yolu (somut norm denetimi) olmak üzere iki başvuru yöntemi öngörülmüştür⁴⁸. Çalışma içeriğini oluşturan Anayasa Mahkemesi kararının inceleme konusunu ise Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yapılan itiraz yolu başvurusu oluşturmaktadır. İtiraz yoluna başvurulabilmesi için bakılmakta olan bir dava, davaya bakan mahkeme, davada uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü olmalı ve mahkemenin uygulayacağı hükmü veyahut Cumhurbaşkanlığı kararnamesini Anayasa'ya aykırı görmesi veya bu aykırılığın ciddi olduğu kanaatine varması gerekmektedir⁴⁹. Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin itiraz yolu başvurusuna konu ettiği ceza

⁴⁵ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 758; Gökçen, Balcı, Alaşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 658; Özen, *Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 2363; Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 634; Apaydın, *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları - Ceza Hukuku Monografileri -*, 99; İtişgen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf", 388; Ağkuş ve Bandır, "Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolu ve Getirdiği Tartışmalar", 120; Cumhuriyet savcısının kanun yolunda yanılması durumunda da başvurunun usule uygun olması haline kabul edileceğine ilişkin açıklamalar içi bakınız. Reha Sümer, "Cumhuriyet Savcılarının Temyiz Süresi ve Kanun Yoluna Başvuruda Yanılma", *Yargıtay Dergisi*, C. 32, S. 1-2, (2006), 226.

⁴⁶ Apaydın, *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları - Ceza Hukuku Monografileri -*, 137.

⁴⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2014), 360; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 961; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 113.

⁴⁸ Namık Kemal Öztürk, *Anayasa Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 90; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 323; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 803.

⁴⁹ Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 804; Öztürk, *Anayasa Hukuku*, 91; Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 1083; Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, 363-364; Çağlar Bilgin, "Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 3, S. 3, (1988), 351.

yargılamasında da sanığın resmi belgede sahtecilik suçunu işlediği iddiası bulunmakta ve ilk derece mahkemesi kararına karşı da istinaf kanun yoluna başvurunun açık olduğu anlaşılmaktadır. İtiraz yoluna başvuran Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi, CMK'nın 231. ve 273. maddelerinin birinci fıkralarının Anayasa'nın ilgili maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle ve yürüttüğü yargılamayla da bahsi geçen kanun maddelerinin kanun yoluna müracaat hususunda bağlantılı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Dolayısıyla da Anayasa Mahkemesi kararında somut norm denetimi yapılmasının hukuka uygun olduğu ve bu hususta başvuru özelinde tüm şartların sağlandığının kabulü gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi kararında CMK'nın ilgili maddelerinin iptali istemine yönelik yaptığı esasa ilişkin değerlendirmelere ise sunulan gerekçeler itibariyle olmasa da ulaşılan sonuç itibariyle iştirak etmekteyiz. CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına dair değerlendirmeye kararın detaylı gerekçesinin hükümün tefhimi anında sunulmasına ilişkin herhangi bir yasal zorunluluk bulunmaması nedeniyle katılmaktayız. CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasında geçen ibarenin iptaline ilişkin yapılan değerlendirmeye ise süre tutum dilekçesi uygulamasının başvuruca gereksiz külfet yüklemesi ve yüklenen külfet ile elde edilmesi amaçlanan fayda arasında orantı bulunmaması nedeniyle iştirak etmekteyiz. Anayasa Mahkemesi'nin kararının esasına ilişkin detaylı değerlendirmelerimiz; aşağıdaki alt başlıklarda CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrası özelinde ve CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasında geçen "... hükümün açıklanmasından itibaren..." ibaresi özelinde ayrı başlıklar altında sunulmuştur.

B. CMK MADDE 231/1'İN İPTALİ İSTEMİYLE YAPILAN İTİRAZIN REDDİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Gerekçeli karar hakkı Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında ve CMK'nın 34. maddesinde düzenlenmiştir ve bu maddelerde mahkemelerin kararlarının gerekçeli şekilde yazılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrasının iptali; CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrası vasıtasıyla uygulaması yapılan istinaf süre tutum dilekçesi ibrazı zorunluluğunun sonlandırılması maksadıyla ve bu kanun maddesiyle bağlantısı kurulmak suretiyle talep edilmiştir. İlk derece mahkemesinin CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrasının iptalini talep etmesindeki amacın istinaf süre tutum dilekçesi sunma uygulamasının sağlam temellere oturtulmak suretiyle tümüyle kaldırılması olduğu kanaatindeyiz. Ancak, uygulamada özellikle de çok taraflı ve kapsamlı dosyalarda karar duruşmasında mahkemenin karar gerekçesini detaylı bir şekilde açıklamasını beklemek gerçek dışı bir beklentiden öteye geçemeyecektir. Mahkeme kararlarının gerekçelendirilmesi zorunluluğu Anayasa'da ve ceza yargılamaları yönünden

CMK'da düzenlenmiş ve gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında⁵⁰ gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında⁵¹ mahkemelerin hükümlerini mutlakla gerekçelendirmelerinin zaruret teşkil ettiği belirtilmiştir.

Gerekçeli kararın davanın taraflarını, iddia ve savunma makamını ve bütün kamuoyunu tatmin edecek şekilde karara dayanak teşkil eden delil ve bilgilerin belirtilmesi suretiyle kanun yolu denetimini olanaklı kılacak şekilde yazılması gerekmektedir⁵². Ancak anlatılan bu detaylı gerekçelendirmelerin karar verildiği anda yapılmak zorunda olduğuna dair herhangi bir uygulamanın ve mecburiyetin bulunmadığını da belirtmek gerekmektedir⁵³. Belirtilen nedenlerden ötürü CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlığı altında düzenlenen 36. maddesinde mevcut adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olmadığı ve Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen gerekçeli karar hakkını ihlal eder mahiyette olmadığına dair oy birliğiyle verilen kararın isabetli olduğu kanaatindeyiz.

CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrasında ilgili kanun maddesinin Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisinin bulunmadığı gerekçesiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması maddesinin ihlali yönünden inceleme yapılmamasına rağmen CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasında geçen ibarenin iptali yönünden yapılan incelemede Anayasa'nın 13. maddesinin değerlendirme kapsamına alınması Anayasa Mahkemesi üyelerinin karar aşamasında CMK'nın 231 maddesinin birinci fıkrasının iptali talebine ilişkin eksik ve çelişkili değerlendirmede bulunduğu kanaatini tarafımızda oluşturmuştur. Şöyle ki; CMK'nın 231. maddesinin birinci fıkrasının adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğuna dair ilk derece mahkemesince dermeyan edilen bir iddianın esasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nce incelemede bulunuluyorsa adil yargılanma hakkının temel ve evrensel bir hak niteliğinde olduğu nazara alınmak suretiyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de inceleme yapılmak cihetiyle kuralın Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık teşkil etmediği kanaatine ulaşılması yerine kuralın Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisinin görülmemesi yönünde kanaat belirtilmesinin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz.

⁵⁰ AYM Kararı, Başvuru No: 2018/37854, 12.04.2023, § 57; AYM Kararı, Başvuru No: 2016/2100, 04.04.2019, § 35; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/3758, 06.01.2016, § 28; AYM Kararı, Başvuru No: 2013/7970, 10.06.2015, § 43; AYM Kararı, Başvuru No: 2014/4991, 20.06.2014, § 29.

⁵¹ AİHM, Kutlu ve Diğerleri - Türkiye Kararı, Başvuru No: 51861/11, 13.12.2016; AİHM, Hadjinas-tassiou - Yunanistan Kararı, Başvuru No: 12945/87, 16.12.1992; AİHM, Cerovšek ve Božičnik - Slovenya, Başvuru No: 68939/12, 07.03.2017; AİHM, Div. K. H. - Belçika Kararı, Başvuru No: 8950/80, 30.11.1987.

⁵² Adem Çelik, *Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007), 99-100; Akif Yıldırım, "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 71(4), 2022, 1702-1703.

⁵³ AYM Kararı, E. 2022/144, K. 2023/137, 26.07.2023, §21.

C. CMK MADDE 273/1'DE YER ALAN "... HÜKMÜN AÇIKLANMASINDAN İTİBAREN..." İBARESİNİN İPTALİ KARARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

1. Çoğunluğun Görüşüne İlişkin Değerlendirme

CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasında geçen "... hüküm açıklanmasından itibaren..." ibaresinin iptal edilmesi yönünde oy çokluğuyla verilen kararın ulaşılmaya amaçlanan sonuç itibariyle isabetli olduğu düşüncesindeyiz. Şöyle ki; ilk derece mahkemesinde karar duruşmasında hazır bulunanlar yönünden istinaf kanun yoluna başvuru için hükümün tefhiminden itibaren yedi gün süre tanınmasında tarafların kanun yoluna müracaat iradelerini ivedilikle göstermeleri ve dolayısıyla da yargılamanın hızlandırılması amaçlanmıştır. Ancak, uygulamada ceza mahkemele-rince yargılamanın bitirilmesi hedeflenen azami süreye iş yoğunluğundan ve dosya içerisinde gelişen durumlardan ötürü riayet edilememesi nedeniyle yargılamalar uzun sürmektedir⁵⁴. Ayrıca, istinaf ve itiraz kanun yollarında incelemeler temyiz incelemesinde olduğu gibi maddi hukuk boyutuyla ilgilenilmeksizin sadece hukuka aykırılık yönüyle değil, hem maddi hem de hukuki yönden yapılmaktadır⁵⁵. İstinaf aşamasında yeni delil ileri sürme imkânının bulunduğu kabul edilmekteyse de temyiz incelemesi kararın hukuki yönüyle sınırlı olduğu için bu aşamada yeni delil ileri sürülmesinin kabul edilmemesi istinaf ve temyiz incelemeleri arasındaki en önemli farklardan biridir⁵⁶. Bu kanun yollarına ilişkin yapılan başvurularda incelemelerin temyiz incelemelerinin aksine sanık ve katılanın dilekçelerinde belirtilen başvuru gerekçeleriyle sınırlı kalmaksızın yapılacağı kabulü gerekmektedir⁵⁷. Bu hususlar bağlamında da kanun yoluna müracaat hakkı bulunanların sadece hüküm sonucuna ilişkin değil, gerekçesine ilişkin de başvuruda bulunabileceği ihtimalinin;

⁵⁴ "Yargıda Hedef Süre Uygulaması Başladı.", Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Erişim Tarihi: Kasım 6, 2023, <https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir>.: Ceza mahkemeleri tarafından önlere gelen uyumsuzluğun ne kadarlık bir süre zarfında bitirilmesinin gerektiğine ilişkin "hedef süre formu" tanzim edilir. Buna hedef süre uygulaması da denir. Hedef süre uygulaması; her bir dava ve soruşturma için hedef süre öngörerek hedeflenen sürede tamamlanamayan dava ve soruşturmanın hızlandırılması amacıyla çözümler üretilmesini ve bu sayede yargılama ve soruşturma sürelerinin kısaltılmasını amaçlayan bir sistemdir.

⁵⁵ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 624; Öztürk, editör, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 708; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 945; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2012), 753; Demirciler, *Ceza Yargılamasında Temyiz Kanun Yolu Rehberi*, 111-112; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 773; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 659; Ağkuş ve Bandır, "Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolu ve Getirdiği Tartışmalar", 109-110; İstinaf incelemesinin maddi hukuk yönüyle de yapılmasındaki amacın temyiz incelemesinin sadece hukuki sorunlara ilişkin yapılması olduğu yönünde açıklamalar için bakınız. Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 400.

⁵⁶ Erdem ve Kavlak, *Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları*, 1425; Yusuf Solmaz Balo, *Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen İstinafın Değerleri ve Bunların Sağlanabilirlik Koşulları*, 213.

⁵⁷ Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 978; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 756; Öztürk, editör, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 751-753.

bir başka deyişle gerekçeli kararda belirtilen herhangi bir unsura ilişkin başvuruda bulunulabileceğinin göz ardı edilmemesi önemlidir⁵⁸. Anayasa Mahkemesi'nin üyelerinin çoğunluğu tarafından, karşı oy yazısı tanzim eden üyelerin yaptığı gibi argüman olarak CMK'nın 232. maddesinin üçüncü fıkrasındaki ve 275. maddesinin ikinci fıkrasındaki yasal düzenlemeler kullanılmıştır. Çoğunluk görüşünde; hükmün gerekçesinin tefhimden itibaren en geç on beş gün içinde dosyaya konulacağı ve dolayısıyla da bu kanun maddesi karşısında tefhimden itibaren yedi gün içinde süre tutum dilekçesi sunulmasının yargılamanın çabuk ilerlemesi yönünden pek etkisinin olmayacağı ve süre tutum dilekçesi uygulamasının bu bağlamda ölçüsüz olduğunun ve mahkemeye erişim hakkını zedeleyeceği belirtilmiştir.

Ceza muhakemesinde süreler işlem üzerindeki etkileri itibariyle hak düşürücü, koruyucu ve düzenleyici süreler olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁵⁹. CMK'nın 232. maddesinin üçüncü fıkrasında ve CMK'nın 275. maddesinin ikinci fıkrasında hükmün gerekçesinin dosya arasına konulmasına ve taraflara tebliğine ilişkin düzenlenen on beş ve yedi günlük yasal süreler düzenleyici süre niteliğindedir. Düzenleyici süre; ceza muhakemesinin sağlıklı şekilde ilerlemesini sağlayan, ancak ilgili süreye uyulmaması durumunda herhangi bir yaptırım hükmü öngörülmemiş süredir⁶⁰. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, her ne kadar CMK'da söz konusu hükümlerde belirtilen sürelerle ilişkin düzenleme yapılmışsa da bu sürelerle uyulmaması durumunda herhangi bir yaptırım öngörülmediğinden bahsi geçen sürelerin düzenleyici süre niteliğinde olduğunun kabulünün gerekmesi ve uygulamada kapsamlı dosyalarda bu sürelerle riayet edilmesinin mümkün olmaması nedeniyle CMK'nın 232. ve 275. maddelerinin ilgili fıkralarında yazan sürelerin yargılamanın hızlandırılmasına herhangi bir katkısı bulunmadığı anlaşılmalıdır.

Yargılamaların sürüncemede kalmaması, tarafların kanun yoluna müracaat iradelerinin ivedilikle anlaşılması ve yargılama sürecinin hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde bir an önce sonuçlandırılması şeklindedir. Ancak, uygulamada hükmün gerekçesinin karar duruşmasından itibaren on beş gün içinde dosyaya konulmasına ve istinaf başvurusunun yapıldığı andan itibaren gerekçeli kararın başvurudan itibaren yedi gün içinde tebliğ edilmesine dair kanun hükümlerine yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü uyulamamakta ve bu kanun hükümleri işlevsiz kalmaktadır. İlk derece mahkemelerince tanzim edilen gerekçeli kararlarda her ne kadar gerekçeli karar evrakının son sayfasında hükmün tefhimi tarihi yazsa da kararların gerekçelerinin tam anlamıyla dosya arasına konulmasına ve taraflar ile vekillerine tebliğ birkaç haftayı bulabilmektedir⁶¹.

⁵⁸ Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf*, 93.

⁵⁹ Öztürk, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, editör, 289; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 100.

⁶⁰ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 100.

⁶¹ Uygulamada, mahkemelerin gerekçeli kararları vaktinde yazamamalarının temel sebebi artan iş yüküdür. Adalet Bakanlığı verilerine göre ceza mahkemelerinin son sekiz yıllık çalışma trendine

Anayasa Mahkemesi üyelerinin, ilk derece mahkemesi kararı gerekçesinin tefhiminden itibaren on beş gün içinde dosya arasına girdiği ve dolayısıyla da süre tutum dilekçesinden yargılamanın çabuk ilerlemesi yönünde gaye beklenmesinin yersiz olduğuna dair görüşlerini CMK'nın 232. maddesinin üçüncü fıkrası ile 275. maddesinin ikinci fıkrası hükümleri çatısı altında temellendirmeleri uygulamadaki süreç nazara alındığında hem gerçek dışıdır hem de geçerlilik arz etmemektedir. Şöyle ki; ceza yargılamalarında davanın bitirilmesi için hedeflenen süreler mahkemelerce elde olmayan nedenlerden ötürü sıklıkla aşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, yargılamaların uzun sürmesine ve makul sürede yargılanma hakkından dolayı oluşan mağduriyetlerden kaynaklı hak ihlali iddialarını Keser Altıntaş⁶² başvurusunda vermiş olduğu kararla birlikte şimdilik incelemeyeceğini açıklamıştır. Bu durum dikkate alındığında, kanaatimizce; kanun yoluna müracaat sürecinin kısa süre içerisinde sonuçlandırılacağını öngören kanuni düzenlemelerin zaten bir güvence niteliğinde olduğuna dair gerekçelendirmenin uygulamada herhangi bir işlevselliğinin ve karşılığının bulunmamasından dolayı Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelendirmelerinin isabetsiz olduğu anlaşılmalıdır. Bu nedenle, kanun yoluna müracaat sürecini hızlandırmak adına vatandaşlara süre tutum dilekçesi ibraz etme külfeti yüklemenin Anayasa'nın ilgili maddelerine aykırılık teşkil ettiği açıktır. Bir an için herhangi bir aykırılık bulunmadığı varsayımında dahi uygulamada mahkemelerce işbu süreler uyulmuyor olmasından ve bu problemin de mevcut iş yükü ve her bir dosya nazarında özellik arz eden durumların bulunuyor olmasından kaynaklandığı dikkate alındığında problemin çözümünün pek mümkün olmadığı anlaşılacaktır. Bu nedenlerden ötürü süre tutum dilekçesi sunmanın herhangi bir faydasının bulunmadığının kabulü suretiyle bu uygulamadan vazgeçilmesinin isabetli olduğu düşüncesindeyiz.

Netice olarak, hükümün tefhiminden sonra istinaf süre tutum dilekçesi sunulması uygulamasının hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi ile ölçülülük ilkesini ihlal ettiğinin anlaşılması gerekmektedir.

2. Karşı Oy Yazısına İlişkin Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi üyeleri Basri Bağcı ve Muhterem İnce tarafından tanzim edilen karşı oy yazısında istinaf süre tutum dilekçesi uygulamasının Anayasa'nın ilgili hükümlerine aykırılık teşkil etmediği hususu ve dolayısıyla da CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasında geçen "... *hükümün açıklanmasından itibaren...*" ibaresinin iptaline karar verilmesi gerektiği görüşünün isabetli olmadığı belirtilmiştir.

bakıldığına; gelen dosya sayısında artış olduğu görülmektedir. 2015 yılında ceza mahkemelerine gelen dosya sayısı (2014 yıldan devir, yıl içinde açılan ve bozularak gelen toplam dosya sayısı) 2.619.651 iken, bu sayı 2022 yılı özelinde %26,1'lik artış ile 3.303.740 olmuştur. Yargı mekanizmasının iş yüküne ilişkin karşılaştırmalı ve ayrıntılı açıklamalar ile istatistiksel veriler için bakınız. "Adalet İstatistikleri 2022", Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Erişim Tarihi: Kasım 4, 2023, https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf.

⁶² AYM Kararı, Başvuru No: 2023/18536, 25.07.2023, § 80.

Bu açıklamaya; CMK'nın 232. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca zaten hükmün gerekçesi ve karşı oy yazısı karar duruşması tutanağına geçirilmese dahi bu bilgilerin karar duruşmasından itibaren on beş gün içinde dosya arasına konulmasının zorunluluk arz etmesi, ayrıca CMK'nın 275. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca istinaf kanun yoluna başvuru iradesini taraflardan birinin göstermesi halinde gerekçeli kararın başvurudan itibaren yedi gün içinde tebliğinin gerekmesi hususları dayanak gösterilmiştir. Ayrıca söz konusu yedi günlük tebliğ süresinin istinafa başvuru iradesinin açıklanmasıyla başlamasından ötürü aslında CMK'nın 232. maddesinde belirtilen on beş günlük süresinin değil, istinaf süre tutum dilekçesi uygulaması sayesinde gerekçeli karar yazımı ve taraflara tebliğ süresinin yedi gün olarak esas alınması gerekmesi şeklinde açıklamada bulunulmuştur. Ayrıca, kanun yoluna müracaat sürecinin bir an önce nihayete ermesinin amaçlanmasının ve bu doğrultuda süre tutum dilekçesi uygulamasının kabul edilmesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal eder nitelikte olmadığı şeklinde belirtilmiş ve ayrıca olası bir irade değişikliğinde de istinaf başvurusundan feragat edilebileceği ifade edilmiştir.

İlk bakışta çoğunluğun görüşü ile karşı oy yazısında belirtilen görüşlerin neredeyse taban tabana zıt olduğu görülmekteyse de CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasında geçen "... hükmün açıklanmasından itibaren..." ibaresinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiğine ve etmediğine dair görüşlerin savunulmasında CMK'nın 232. maddesinin üçüncü fıkrası ile 275. maddesinin ikinci fıkrası hükümleri dayanak gösterilmek suretiyle açıklamada bulunma yoluna gidilmiştir. Karşı oy yazısındaki görüşte istinaf süre tutum dilekçesi uygulaması ile hükmün tefhiminden itibaren on beş gün içerisinde hükmün gerekçesinin dosya arasına konulmasını öngören yasal düzenlemenin geçilmek suretiyle hükmün gerekçesinin tebliği dahil bütün halinde kanun yoluna müracaat süresinin istinaf başvurusu yapıldığı andan itibaren yedi güne düşeceğini ve bunun da yargılamanın hızlanmasını sağlayacağı belirtilmiştir. Çoğunluk ve azınlık görüşü savunan üyelerin ortak görüşü; yargılamaların sürüncemede kalmaması, tarafların kanun yoluna müracaat iradelerinin ivedilikle anlaşılması ve yargılama sürecinin hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde bir an önce sonuçlandırılması şeklindedir.

Karşı oy yazısında CMK'nın 275. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca istinaf başvurusundan itibaren yedi gün içinde gerekçeli kararın tebliğ edileceğine ve dolayısıyla da süre tutum dilekçesi uygulamasının herhangi bir hak ihlaline neden olmadığına ilişkin yer verilen görüşün izah edilen kanun maddelerindeki düzenlemeler esas alınarak temellendirilmesine ilişkin olarak da çoğunluk görüşüne bu hususta yapılan eleştirilerin aynısını tekrar etmekteyiz. Bu meselede karşı oy yazısına ilişkin olarak getirilebilecek farklı bir eleştiri; istinaf kanun yoluna müracaattan feragatte bulunabileceği veya vazgeçilebileceği hususunun istisnai olmayan ve yapılması kolay bir faaliyet gibi belirtilmesidir. Kanun yolundan feragat ve vazgeçme farklı uygulamalar olsa da kişi için mahkemeye erişim hakkı-

nın kullanılması yönünden doğurduğu sonuçlar aynıdır. Kanun yolundan feragat; kanun yoluna başvuru hakkı doğduktan sonra kanun yolu için öngörülen sürenin sona ermesine kadar bu hakkın kullanılmayacağı beyan edilmesidir⁶³. Kanun yolundan vazgeçme ise kanun yoluna müracaat edildikten sonra yapılan başvurunun karar verilene kadar geri alınmasıdır⁶⁴. Ancak, özellikle avukatla takip edilen işlerde avukat vekaletnamelerinde bazı hallerde feragat - vazgeçme yetkisinin avukata verilmemesi⁶⁵, asil tarafından vazgeçmekten imtina edilmesi, sanık ile müdafinin iradesinin çelişmesi⁶⁶, kanun yoluna müracaattan vazgeçmenin anlamının ve mahiyetinin sanık tarafından anlaşılmasının her zaman kolay olmaması; kısacası feragat - vazgeçme kurumunun toplum sosyolojisi dikkate alındığında tatbik edilmesinin özellikle de avukatlar yönünden sakınca doğurabileceği gerçeği karşısında kanun yoluna müracaattan vazgeçmenin ciddi bir külfet olduğunun ve dolayısıyla da bu külfetin de kişiye yükletilmesine gerek olmadığı düşünceyle karşı oy yazısının 11. paragrafında feragat ilişkili belirtilen görüşlere de iştirak etmediğimizi belirtmek isteriz.

V. KARARIN UYGULAMAYA OLASI ETKİLERİ VE ÖNERİLERİMİZ

Anayasa Mahkeme'sinin CMK'nın 273. maddesinin birinci fıkrasında geçen "... hükümün açıklanmasından itibaren..." ibaresinin kararın Resmi Gazete'de yayım tarihi olan 24.10.2023 tarihinden itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girmek üzere iptaline karar vermesi ceza yargılamasında süre tutum dilekçesi uygulaması yönünden oldukça önemli bir karardır. Şöyle ki; iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı gün değil de dokuz ay sonra yürürlüğe girmek üzere iptaline karar verilmesi ve bu hususa gerekçe olarak da bu kararla birlikte uygulamada hukuki boşluk doğacağı ve bu hukuki boşluğun da kamu yararını ihlal edebileceğinin gösterilmesi istinaf süre tutum dilekçesi uygulamasından vazgeçilmesinin sadece bir başlangıç olduğunu, hukuki alt yapısı hazırlandıktan sonra süre tutum dilekçesi müessesesini bütün olarak değiştirecek veya kaldıracak şekilde kanuni düzenleme yapılmasına zemin hazırlanması iradesinin soyut norm denetimi yoluyla ortaya konulacağı kanaatini tarafımızda uyandırmıştır.

⁶³ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 723.

⁶⁴ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 723; Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 101; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 616.

⁶⁵ Avukat vekaletnamesinde kanun yoluna başvurudan vazgeçilmesine dair özel bir yetkilendirme bulunmadığı takdirde avukatın kanun yoluna başvurudan vazgeçme beyanının geçerli olmayacağına ilişkin bakınız. Y 10. CD, 25.04.2017, E. 2014/2497, K. 2017/1573; ayrıca bakınız. Bahri Öztürk, editör, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 687; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 616; Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 102.

⁶⁶ Öztürk, editör, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 687; Demirciler, *Ceza Yargılamasında Temyiz Kanun Yolu Rehberi*, 125: CMK'nın 150. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kendisine müdafii atanan kişilerle müdafinin iradesi kanun yoluna müracaat konusunda çelişirse CMK'nın 266. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca müdafinin iradesi esas alınmaktadır. Ayrıca bakınız. YCGK., 24.10.2017, E. 2014/599, K. 2017/431.

İstinaf kanun yoluna müracaatta hükmü tefhimle öğrenenler yönünden süre tutum dilekçesi ibraz etme zorunluluğunun kaldırılması son derece isabetlidir. Çünkü istinaf aşamasında başvuruya gerekçe gösterme yükümlülüğü sadece Cumhuriyet savcısına yüklenmişse de bir başka deyişle; istinaf incelemesinde temyizden farklı olarak maddi hukuk incelemesi yapılması, delil toplama yoluna gidilmesinin mümkün olması karşısında katılan, sanık ve mağdurun sadece istinafa başvurduklarına dair iradelerini göstermiş olmalarının istinaf başvurusunu usule uygun yapıldığının kabulünü sağladığı anlaşılrsa da mevcut uygulamanın kişilere fazladan bir dilekçe sunma külfeti yüklemesinden ve bu külfetin yerine getirilmemesi halinde doğabilecek sonuçların oldukça ağır olmasından ötürü 24.07.2023 tarihine kadar devam edecek bu uygulamanın anayasal hak ihlallerine neden olmaya devam edeceği söylenebilir.

Başka suçtan hükümlü olması nedeniyle cezaevinde olup da karar duruşmasına seğbis vasıtasıyla bağlananlar ve zorunlu müdafilik gerektirmeyen suçlardan ötürü yargılanıp da avukat olmadan karar duruşmasına katılanlar bakımından süre tutum dilekçesinin uygulamada anlaşılması ve gereğinin ifası zor olabilmektedir. Çünkü mahkemelerce hükmün tefhim ediliş şeklinin yargı mekanizması tarafından denetlenmesi mümkün olmadığı gibi ülkemizdeki bütün mahkemelerce tefhimin ortalama bir insanın anlayacağı şekilde yapıldığı varsayımında dahi süre tutum dilekçesinin öneminin yargılanan kişilerce anlaşılmasının beklenemeyeceği durumlar da meydana gelebilmektedir.

CMK'nın 223. maddesinin birinci fıkrasında karar türleri olarak; beraat, davanın reddi, düşme, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi ceza verilmesine yer olmadığına dair karar şeklinde sayılmıştır. Örneğin; hakkında düşme kararı verilen kişi herhangi bir mahkumiyet hükmünün hakkında tesis edilmediği düşüncesiyle hükmü tefhimle öğrendikten sonra süre tutum dilekçesi sunmayıp kendisine gerekçeli karar tebliğ edildiğinde aslında CMK'nın 223. maddesinin dokuzunca fıkrası uyarınca hakkında derhal beraat kararı verilmesini gerektirir bir durum olmadığından ötürü düşme kararı verildiğini, şartları oluşmasaydı düşme kararı yerine hakkında cezalandırma yoluna gidileceğini öğrendiğinde kendisinin suçsuz olduğu düşüncesinde olsa bile düşme kararına ilişkin kanun yoluna müracaat edemeyecektir. Bu bağlamda sanığa süre tutum dilekçesi sunma külfeti yüklenmesinin mahkemeye erişim hakkını zedelediği kabul edilmese bile özellikle de sanık davayı müdafisi olmaksızın takip etmişse kendisinden hukuk tekniği içeren bu durumu hele ki gerekçeli kararı görmeden ayırt etmesi beklenememelidir. Sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği halde hakkında düşme kararı verilmesi lekelenmeme hakkının ihlaline sebebiyet verecektir⁶⁷.

⁶⁷ Y CGK., 08.04.2003, E. 2003/9-84, K. 2003/85; Y 6. CD, 24.10.2023, E. 2023/2613, K. 2023/13649; Y 6. CD, 05.10.2023, E. 2023/3224, K. 2023/13099; Y 6. CD, 15.03.2023, E. 2022/829, K. 2023/9338.

Yukarıda izah edilen problemlere ek olarak, 15.07.2023 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’a eklenen maddeler 31.07.2023 tarihine kadar olan dönem özelinde uygulamada hakkında yürütülen ceza yargılamasının ilk derece mahkemesindeki kısmının 15.07.2023 ve 31.07.2023 tarihleri arasında sona ereceği anlaşılan tutuklu sanıklar yönünden istinaf süre tutum dilekçesi sunulması veya ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünün kesinleştirilmesi yoluna gidilmesine ilişkin tercih yapılması meselesini gündeme getirmiş ve uygulamada bu mesele problem teşkil etmiştir.

Koşullu salıverilmenin geri alınması nedeniyle 31.07.2023 tarihi itibarıyla cezası aynen infaz edilen veya ikinci defa mükerrer olup 31.07.2023 tarihi itibarıyla bu cezanın infazı için ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler hariç olmak üzere TCK’nın ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar hariç olmak üzere diğer suçlar nedeniyle kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin ilgili kanun değişikliğinde yazan tüm şartları⁶⁸ sağlamaları durumunda açık ceza infaz kurumuna daha erken ayrılmaları mümkündür. 15.07.2023 ve 31.07.2023 tarihleri arasında kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin ilk derece mahkemesi tarafından haklarında verilen mahkumiyet hükümlerine ilişkin o tarihlerde süre tutum dilekçesi sunup sunmama hususunda karar verirken oldukça zorlandıkları, müvekkiller ile avukatlar arasında uygulamada fikir ayrılıklarının yaşandığı ve istinaf süre tutum dilekçesi sunmama veyahut sunulan süre tutum dilekçelerinden feragat halinde ilk derece mahkemesi kararlarının hangi tarihte kesinleşmiş kabul edileceğine ilişkin uygulamada birlik bulunmadığı bilinen gerçeklerdir. Kanun yoluna başvurudan vazgeçme⁶⁹ halinde vazgeçme iradesi kanun yoluna başvuru süresi dolmadan açıklanmışsa hükümün vazgeçme tarihinde kesinleştiği kabul edilmektedir⁷⁰. Kanun yoluna başvurunun, yasal başvuru süresi bittikten sonra geri alınması iradesinin ortaya konulması halinde ise hükümün istinaf ve temyiz incelemesini yapan ilgili dairenin kanun yoluna başvurudan vazgeçme nedeniyle hükümün incelenmesine yer olmadığı kararını verdiği tarih itibarıyla

⁶⁸ Bakınız. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Geçici Madde 10.

⁶⁹ CMK’nın 266. maddesinde “Başvurudan vazgeçilmesi ve etkisi” başlıklı düzenlemede geçen vazgeçme ibaresi kanun yolu başvurusunun geri alınması anlamında kullanılmaktadır. Kanun yolu başvurusunun geri alınması, hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür. Bizim kast ettiğimiz vazgeçme ise kanun yoluna başvuru süresi dolmadan önce ilgili kanun yoluna başvurulmayacağı iradesinin ortaya konulması veya yapılan başvurunun kanun yoluna başvuru süresi dolmadan geri alınması ihtimallerini kapsar mahiyettedir; Kanun koyucunun CMK’nın 266. maddesinin düzenlenmesinde “vazgeçme” ve “geri alma” kavramları arasındaki farka dikkat etmediğine ilişkin açıklamalar için bakınız. Ali Tanju Sarıgül, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2017), 73.

⁷⁰ Öztürk, editör, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 684; Birtok, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, 194.

kesinleştiği kabul edilmektedir⁷¹. Ancak doktrinde, kişinin kanun yoluna başvurusundan vazgeçme iradesini açıkladığı gün hükmün kesinleştiğinin kabul edilmesinin isabetli olacağı görüşünü savunanlar da bulunmaktadır⁷². Kanaatimizce; hükmün kesinleşme tarihinin başvurusunun kanun yoluna müracaattan vazgeçme iradesini ortaya koyduğu tarih olması herhangi bir hak kaybı yaşanmaması adına daha sağlıklı olacaktır. Ayrıca, önemle belirtilmelidir ki vazgeçme ve geri alma ile beraber başvuru hakkı düştüğünden yeniden kanun yoluna başvurmak mümkün değildir⁷³.

Önümüzdeki yıllarda da bu tarz kanuni düzenlemelerin gelebileceği ve ne yazık ki yapılması muhtemel kanuni düzenlemelerin de gene muğlak ifadeler içerecek olması nedeniyle uygulayıcılar tarafından anlaşılmasının zor olacağı varsayılması karşısında süre tutum dilekçesi sunma gibi kişiye ağır külfet yükleyen ve sınırlayıcı bir uygulamanın günümüz şartlarında devamlılık arz edemeyeceğinin anlaşılması gerekmektedir.

İzah olunan tüm bu açıklamalar ışığında; duruşmalı yapılan istinaf incelemesi sonrasında hükmü tefhimle öğrenenler yönünden yasal süresi içerisinde temyiz süre tutum dilekçesi sunma zorunluluğunun, CMK'nın 307. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kalan ceza yargılamasında karar anında hazır bulunanların temyiz süre tutum dilekçesi sunma zorunluluğunun ve itiraz kanun yoluna tabi ceza yargılamasında karar duruşmasında hazır bulunanlar yönünden itiraz süre tutum dilekçesi sunma zorunluluğunun devam ediyor olması Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2023 tarihli somut norm denetimi kararıyla bağdaşmaktadır ve süre tutum dilekçesi uygulamasının hukukumuzdan bütünüyle çıkarılması, uygulama dışı bırakılması gerekmektedir.

Son olarak belirtilmelidir ki, istinaf süre tutum dilekçesi uygulamasının kaldırılmasına dair Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kanun maddesinin iptaline ilişkin vermiş olduğu karara dayanmak suretiyle hakkında ceza yargılaması yürütülürken hükmü tefhimle öğrendikten sonra istinaf süre tutum dilekçesi sunmadığı için ilk derece mahkemesince hakkında kurulan mahkumiyet hükmü kesinleşen sanıklıktan hükümlülüğe geçen kişilerin hapis cezalarını infaz ediyor olmanın verdiği elemenden kurtulma arayışına girerek Anayasa'nın 153. maddesinin beşinci fıkrası hükmünden bihaber şekilde yani Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesinden habersiz şekilde kanun yararına bozma başta

⁷¹ Y.12.CD, 28.03.2022, E. 2020/11300, K. 2022/2416; Y. 10.CD, 02/07/2018, E. 2018/2399, K. 2018/5343; Y.18.CD, 01/02/2017, E.. 2016/18459, K. 2017/1078; Temyiz başvurusunun geri alınması halinde CMK'nın 298. maddesi uyarınca red kararı veya incelenmeden iade şeklinde kararlar verildiğine ilişkin açıklama için bakınız. Aldemir, *Ceza Yargılamasında Kanun Yolları*, 139.

⁷² Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 723; Erdem, *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf*, 94.

⁷³ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 388; İtişgen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf", 389.

olmak üzere olağanüstü kanun yollarına başvurularda bulunmaları kuvvetle muhtemel olacaktır.

İptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 153. maddesinin beşinci fıkrasının lafzi olarak yorumlanması durumunda istinaf kanun yoluna başvuru haklarını saklı tutmak için süre tutum dilekçesi sunmayan kişilerin kesinleşen dava dosyalarını tekrar derdest hale getirmek için yapacakları olağanüstü kanun yolu başvurularının reddine karar verilecektir. Ancak, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesinin sadece lafzi yorumlanması durumunda hukuk devleti ve eşitlik ilkelerinin ihlali durumu meydana gelebilmektedir⁷⁴. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümemesinin mantığının kazanılmış hakların korunması ile hukuki güvenlik ve istikrar ilkesine riayet edilmesi olduğu hatırlanmalıdır⁷⁵. Anayasa Mahkemesi'nin işlevini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için Anayasa'nın temel ilkelerine aykırılık teşkil eden ve temel hak ve özgürlükleri zedeleyici etkileri olan Anayasa'nın 153. maddesinin bir an önce değiştirilmesi ve iptal kararlarının hangi durum ve şartlarda geriye yürüyebileceğinin düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylelikle temel hakların ihlalinin önlenmesi, lehe hukuki durumların korunması ve ilgili kanuna dayanılarak yapılan ve kişilerin aleyhine olan durumların düzeltilmesi mümkün hale gelecektir. Kısa vadede, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümezliği prensibinin değiştirilmesi yönünde bir çalışma yapılması durumunun söz konusu olmayacağından uygulayıcılar olarak mahkemelerin gerekli hallerde Anayasa'nın 153. maddesini geniş bir şekilde yorumlayarak önlerine gelen uyuşmazlıklarda hüküm ihdas etmelerinin daha sağlıklı olacağı düşüncesindeyiz. Bu bağlamda; ilgili Anayasa hükümünün uygulayıcılar tarafından sadece lafzi şekilde yorumlanmaması durumunda istinaf süre tutum dilekçesi uygulamasının iptalinden yola çıkılarak hükümlüler tarafından olağanüstü kanun yoluna yapılan başvuruların kabulüne karar verilmesi mümkün hale gelecektir.

⁷⁴ Burhan Kuzu, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S. 1-4, (1987), 225; Mustafa Babayiğit, "Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 124, (2016), 185-186.

⁷⁵ Babayiğit, "Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", 186; Kuzu, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", 199.

KAYNAKÇA

- Ağkuş, Kazım Furkan ve Bandır, Oğuz. “Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolu ve Getirdiği Tartışmalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 162, (2022): 105-154.
- Aldemir, Hüsnü. *Ceza Yargılamasında Kanun Yolları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Apaydın, Cengiz. *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağaniüstü Kanun Yolları - Ceza Hukuku Monografileri*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Atalan, Mustafa. “Türk Ceza Yargılamasında İstinaf Mahkemesi Kararlarının Kesin Niteliği ve Kanun Yollarına Başvuru”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 14, S. 53, (2023): 43-80.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Aygün Karakoyunlu, Ülkem Cansu. “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 2, (2023): 247-287.
- Babayiğit, Mustafa. “Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 124, (2016): 183-220.
- Balo, Yusuf Solmaz. “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen İstinafin Değerleri ve Bunların Sağlanabilirlik Koşulları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 1, S. 7, (2016): 209-245.
- Bilgin, Çağlar. “Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 3, S. 3, (1988): 350-376.
- Birtek, Fatih. “Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 80, S. 4, (2022): 1331-1372.
- Birtek, Fatih. *Ceza Muhakemesinde İstinaf*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.
- Çelik, Adem. *Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.
- Demirciler, Esat. *Ceza Yargılamasında Temyiz Kanun Yolu Rehberi*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2021.
- Erdem, Mustafa Ruhan ve Kavlak, Cihan. “Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları”, *Yargıtay Dergisi*, C 44, S. 4, (2018): 1419-1478.
- Erdem, Mustafa Ruhan ve Şentürk, Candide. *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Erdem, Mustafa Ruhan. *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Gökçen, Ahmet, Balcı, Murat, Alaşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim. *Ceza Muhakemesi Hukuku* Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2014.

- İtişgen, Rezzan. “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 5, S. 15, (2014): 373-404.
- Karakehya, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2022.
- Kaymaz, Seydi. “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S. 1, (2016): 107-121.
- Kaymaz, Seydi. *Ceza Muhakemesinde İstinaf*. Ankara: Seçkin Hukuk, 2023.
- Kuzu, Burhan. “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S. 1-4, (1987): 185-229.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Özen, Muharrem. “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 65(4), (2016): 2331-2388.
- Öztürk, Bahri, editör. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Öztürk, Namık Kemal. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Sarıgül, Ali Tanju. *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2017.
- Sümer, Reha. “Cumhuriyet Savcılarının Temyiz Süresi ve Kanun Yoluna Başvuruda Yayımlama”, *Yargıtay Dergisi*, C. 32, S. 1-2, (2006): 219-230.
- Şahin, Cumhur ve Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Şensoy, Naci. “İstinaf”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 12, S. 4, (1946): 1058-1072.
- Taner, Fahri Gökçen. “5271 Sayılı CMK’nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, (2017): 47-78.
- Toroslu, Nevzat ve Feyzioğlu, Metin. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Turhan, Faruk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Isparta: Asil Yayın Dağıtım, 2006.
- Uğuz, Aslan Abid. *Ceza Muhakemesinde İstinaf*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ünver, Yener ve Hakeri, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Yenisey, Feridun ve Nuhoglu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Yenisey, Feridun. *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu*. İstanbul: İstanbul Fakülteler Matbaası, 1979.
- Yıldırım, Akif. “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 71(4), (2022): 1691-1748.

Diğer Kaynaklar

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, “Yargıda Hedef Süre Uygulaması Başladı.” Erişim Tarihi: Kasım 6, 2023. <https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yargida-hedef-sure-uygulamasi-baslamistir>.

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, “Adalet İstatistikleri 2022”, Erişim Tarihi: Kasım 4, 2023. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist2022cal%C4%B1sma100kapak1%C4%B1.pdf.

TOPLUMSAL OLAYLARDA PLASTİK MERMİ KULLANIMININ HUKUKİ ANALİZİ^(*)

Dr. Hüseyin MECEK^(**)

Öz

İfade hürriyetinin özel bir görünümü olan ve toplu bir şekilde kullanılmasını sağlayan toplantı ve gösteri hakkı, bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruma gayesi güden yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı demokratik toplumun temel değerleri arasında yer almaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre toplantı ve gösteri hakkı, barışçıl olma koşuluna bağlıdır. Barışçıl niteliği bozulan gösterilere devlet, kamu güvenliğini sağlamak için müdahale edebilir. Toplumsal olaylara müdahale ederken kolluk, öldürücü olmayan bedensel kuvvetten öldürücü nitelikteki ateşli silahlara uzanan geniş bir yelpazede çeşitli zor kullanma araçlarına sahiptir. Plastik mermiler de literatürde kolluğun öldürücü olmayan zor kullanma araçlarından biri olarak kabul edilmektedir. Toplantı ve gösteri hakkına yapılacak müdahalenin anayasal çerçevede çizilen sınırlara riayet edilerek kanunla, gereklilik ve orantılılık koşullarına uygun olarak icra edilmesi gerekir. Müdahalenin yasal bir dayanaktan yoksun olması durumunda gereklilik ve orantılılık ölçütleri açısından ayrıca bir inceleme yapılmasına ihtiyaç kalmamaktadır. Kolluğun zor kullanma araçları toplantı ve gösteri hakkının yanı sıra yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağıyla da doğrudan bağlantılıdır. Toplantı ve gösteri hakkına müdahalelerdeki "kanunilik ilkesi"nin yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağındaki izdüşümü, devletin pozitif yükümlülüklerinden biri olan "mevzuat oluşturma yükümlülüğü"dür. Türkiye'de plastik mermi kullanımına cevaz veren yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın toplumsal olaylarda plastik mermi kullanıldığı iddiaları sürekli gündemde olagelmıştır. Plastik mermi ibaresi geçmemekle birlikte literatürde bunun eş anlamlısı olarak kabul edilen "darbe etkili mermi", ilk kez 2011 yılında İçişleri Bakanlığı'na çıkarılan bir yönerge ile düzenlenmiştir. Anayasa'nın 13. ve 34. maddelerine göre kanunla sınırlandırılabilir temel hak ve özgürlüklerin idarenin adsız düzenleyici işlemiyle tanzim edilmeye çalışılması, normlar hiyerarşisine ve kanunilik prensibine aykırıdır.

Anahtar Kelimeler

Öldürücü Olmayan Silah, Plastik Mermi, Darbe Etkili Mermi, Normlar Hiyerarşisi, Mevzuat Oluşturma Yükümlülüğü, Toplantı ve Gösteri Hakkı, Kanunilik İlkesi.

A LEGAL ANALYSIS OF THE USE OF RUBBER BULLETS IN SOCIAL EVENTS

Abstract

The right to assembly and demonstration which is a special aspect of the freedom of expression and enables its collective exercise, the right to life, which aims to protect the physical and spiritual integrity of the individual, and the prohibition of torture and ill-treatment are among the fundamental values of a democratic society.

According to the Constitution of the Republic of Turkey and the European Convention on Human Rights, the right to assembly and demonstration is conditional on being of a peaceful nature. The state may intervene in demonstrations that are no longer peaceful in order to ensure public security. When intervening in social events,

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 27.09.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1367598.

^(**) E-posta: 07mecek@gmail.com, Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0987-9678>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

the law-enforcement officers have a wide range of means of use of force, ranging from non-lethal physical force to lethal firearms. Rubber bullets are also recognised in the literature as one of the non-lethal means of use of force employed by the law enforcement officers. The intervention to be made the right to assembly and demonstration must be carried out in accordance with the criteria of legality, necessity and proportionality, in compliance with the limits drawn in the constitutional framework. In cases where an impugned intervention lacks a legal basis, there is no need for a separate examination in terms of the criteria of necessity and proportionality. The use of force by the law-enforcement officers is directly related not only to the right to assembly and demonstration, but also to the right to life and the prohibition of torture and ill-treatment. The reflection of the "principle of legality" in interferences with the right to assembly and demonstration on the right to life and the prohibition of torture and ill-treatment is the "obligation to create legislation", which is one of the positive obligations incumbent on the State. In Turkey, there is no legal regulation allowing the use of rubber bullets. Despite this, the alleged use of rubber bullets in social events has always been on the agenda. Although the term "rubber bullet" is not mentioned, "kinetic impact projectiles", which is the former's synonym in the literature, was regulated for the first time by a directive issued by the Ministry of Interior in 2011. Attempting to regulate fundamental rights and freedoms, which can be restricted by law according to articles 13 and 34 of the Constitution, through a regulatory act of the administration is contrary to the hierarchy of norms and the principle of legality.

Keywords

Non-Lethal Weapon, Rubber Bullet, Kinetic Impact Projectiles, Hierarchy of Norms, Obligation to Establish Legislation, Right to Assembly and Demonstration, Principle of Legality.

Extended Abstract

The right to hold meetings and demonstration guarantees the right of individuals to gather to express and protect their common opinions. While the State has a duty to secure the fundamental rights and freedoms of individuals, it also has a duty to maintain social security. In the equation of freedom and security, the State is obliged to provide both to concerned individuals at the same time. In the event that meetings and demonstrations cease to be peaceful and public order is disrupted, it is inconceivable for the State authority to remain a mere spectator.

Where the peaceful nature of the demonstration is disrupted and the demonstration evolves into acts of violence, the law-enforcement officers have the authority to disperse the demonstration by using force in order to protect public order and prevent the commission of offences. The use of this authority arbitrarily and in a way that would hamper freedoms in the freedom-security equation is incompatible with the requirements of the rule of law. For this reason, the intervention of the law-enforcement officers in assemblies and demonstrations is subject to certain limitations at the constitutional level. Accordingly, in order for law-enforcement officers to intervene in the right to peaceful assembly and demonstration, the following three conditions must be fulfilled cumulatively. Firstly, the intervention must be "lawful" in the sense that it has a legal basis, secondly, it must be "necessary" for the protection of public order, and thirdly, it must be "proportionate" in consideration of the behaviour of the demonstrators.

The intervention of the law-enforcement officers in social events is a matter that concerns not only the right to assembly and demonstration but also the right to life and the prohibition of torture and ill-treatment. The prohibition of torture and ill-treatment will be infringed if individuals are injured as a result of the use of force by the law-enforcement officers, and there will be a violation of the right to life if individuals lose their lives. The appearance of "principle of legality" in the prohibition of torture and ill-treatment and the right to life, requiring that the interference with the right to assembly and demonstration must have a legal basis, is the "obligation to establish legislation", which is one of the positive obligations of the State. As seen, the means of use of force by the law-enforcement officers, which concerns many fundamental rights and freedoms at the same time, must be determined and applied in accordance with the requirements of the Constitution and the European Convention on Human Rights.

In Turkey, the alleged use of rubber bullets by the law-enforcement officers to intervene in social events has been on the agenda for years. Although the Ministry of Interior denies the allegations by stating that there are no rubber bullets in its inventory, the reports of the Human Rights and Equality Institution of Turkey, which is a public legal entity, and the decisions of the Ombudsman's Office have included certain findings as to the use of rubber bullets. In 2018, the European Court of Human Rights in *Kılıcı v. Turkey* case, where the law-enforcement officers used rubber bullets and injured a demonstrator during a demonstration, convicted Turkey on the basis of torture and ill-treatment.

Since a past event has the capacity to prove a possibility at least for the future, it was necessary to conduct a legal analysis of the use of rubber bullets in Turkey.

Rubber bullet is not enumerated in Article 16 of Law No. 2559, which regulates the means for the use of force by the law-enforcement officers. There is also no regulation on the use of rubber bullets in other laws. In Article 12 of the Directive dated 28.05.2011 on the Procedures and Principles of Action of the Personnel Assigned in Social Events (Directive dated 2011) prepared by the Ministry of Interior, the use of rubber bullets was mentioned for the first time as "kinetic impact projectiles", which is a synonym of rubber bullet in international literature.

Although it is considered to be a more humanistic method for capturing demonstrators, rubber bullets can directly damage the physical integrity of the person, just like firearms, especially when fired at close range. The ECHR's 2018 judgement in *Kılıcı v. Turkey* is the only one regarding the use of rubber bullets. In this case, a demonstrator was slightly injured as a result of being hit by a rubber bullet used by the police in dispersing a demonstration. In this case, the ECHR concluded that the regulation in Article 16 of Law No. 2559, which outlines the authority of the police to use force, is not sufficient to justify the use of rubber bullets as regards meeting the requirements of the prohibition of torture.

The source of the authority of the administration to regulate is the Constitution. Regulatory acts under the Constitution are laws, presidential decrees and regulations. The instruments not listed in the Constitution, such as circulars, instructions, directives, communiqués, and decrees, are called "common regulatory acts of the administration". Common regulatory acts aim to show the details of laws and regulations. Common regulatory acts correspond to the general regulatory authority of the administration and are subordinate to the regulations in the hierarchy of norms. According to Kelsen, the legal system is based on a hierarchical structure. This hierarchical structure is vertical in character. A legal norm in the upper layer regulates the creation process and content of another legal norm in the lower layer. In accordance with the dynamic nature of law, a norm is valid as long as it is created in the way determined by another norm. Since an administrative act that is not prepared in accordance with the hierarchy of norms is disconnected from the norms at the higher level, the legal norm cannot trace back to the basic norm. Therefore, it can be said that the norm established is irrelevant to that legal system. The regulating of kinetic effect ammunition as a means of use of force by the law-enforcement officers is explicitly contrary to the hierarchy of norms in connection with the principle that fundamental rights and freedoms can be restricted by law.

Regulations authorising intervention in the physical integrity of individuals will have a narrowing effect on the respective freedoms if they are regulated by administrative acts that are not based on the law and that are legally amendable or revocable at any time. Regardless of its definition, the conditions for the use of rubber bullet, which is so effective and has the potential to damage physical integrity and the right to life, must be determined by law. In contradiction to constitutions, which are the monuments of the social contract, regulating such dangerous means of force such as rubber bullets through common regulatory acts is an anomic approach that weakens the power of the legal order.

GİRİŞ

Toplantı ve gösteri hakkı, bireylerin ortak düşüncelerini ifade etmek ve korumak için bir araya gelmelerini teminat altına almaktadır. Siyasi nitelikli bu düşüncelerin korunması, toplantı ve gösteri hakkını demokratik toplumların temel değerlerinden biri hâline getirmektedir¹. Kolektif bir şekilde kullanılan ve düşüncelerini ifade etmek isteyen kişilere şiddeti dışlayan yöntemlerle düşüncelerini açıklama imkânı veren bu hak, çoğulcu demokrasilerin gelişimi açısından gerekli olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılmasını güvence altına almaktadır. Toplantı ve gösteri hakkının korunması için toplantının barışçıl ni-

¹ David John Harris, Micheal O'Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021), 659, 665.

telikte yapılması gerekmektedir. Bu hakkın amacı, fikirlerini barışçıl bir şekilde şiddete başvurmadan açıklamak isteyen kişilerin korunmasını sağlamaktır². Devletin bir taraftan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alma edimi bulunurken öte yandan toplumsal güvenliği sağlama görevi de bulunmaktadır. Ne devletin güvenlik bahanesine sığınarak özgürlükleri ortadan kaldırmasına ne de bireylerin özgürlük vurgusuyla toplumun güvenliğini zedelemesine izin verilmelidir. Toplantı ve gösterilerin barışçıl olmaktan çıkarak kamu düzeninin bozulması durumunda devlet otoritesinin buna büsbütün seyirci kalması düşünülemez. İnsan hem güvenlik hem de özgürlük ihtiyacı olan bir varlıktır. Özgürlük ve güvenlik arasında simbiyotik bir ilişki vardır. Özgürlük-güvenlik ekseninde sıkışan devlet, her ikisinden de ödün vermeden güvenlik içinde özgürlükleri tanıyabildiği ölçüde meşruiyetini muhafaza edebilecektir³. Toplantı ve gösterilerin şiddet hareketlerine dönüşerek barışçıl niteliğinin kaybolması durumunda kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için kolluğun güç kullanarak gösteriyi sonlandırma yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkinin keyfî biçimde ve özgürlük-güvenlik denkleminde özgürlükleri ortadan kaldıracak şekilde kullanılması hukuk devletinin gerekleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle kolluğun toplantı ve gösterilere müdahalesi anayasal düzeyde bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Buna göre kolluğun toplantı hakkına müdahalede bulunması için üç koşulun (üçlü aşamalı test) gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki müdahalenin yasal bir temeli olması, ikincisi kamu düzeninin korunması açısından gerekli olması, üçüncü olarak da göstericilerin tutumları nazara alınarak müdahalenin orantılı olmasıdır⁴.

Toplumsal olaylara müdahale edilmesi bazın bireylerin yaralanması ya da ölümüyle sonuçlanabilmektedir. Bu yönüyle kolluğun zor kullanma araçları yalnız toplantı ve gösteri hakkını değil yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağını da ilgilendiren bir meseledir. Kolluğun cebir kullanması sonucunda bireylerin yaralanması durumunda işkence ve kötü muamele yasağı, hayatını kaybetmesi durumunda yaşam hakkı ihlalleri gündeme gelecektir. Toplantı ve gösteri hakkındaki müdahalenin yasal bir altyapısı bulunması gerektiğine işaret eden “kanunilik ilkesi”nin işkence ve kötü muamele yasağı ile yaşam hakkı yönünden izdüşümü devletin pozitif yükümlülüklerinden biri olan “mevzuat oluşturma yükümlülüğü”dür. Birçok temel hak ve özgürlüğü aynı anda ilgilendiren kolluğun zor kullanma araçlarının Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin gereklerine uygun olarak belirlenmesi ve kullanılması gerekir.

Toplantı ve gösterilere kolluk bedensel kuvvet, cop, göz yaşartıcı gaz, basınçlı su, polis köpekleri, polis atları ve silah gibi oldukça geniş yelpazeye yayı-

² AYM, *Dilan Ögüz Canan*, 2014/20411, 30.11.2017, p. 36, 37.

³ Özgür Aydın, *Özgürlük ve Güvenlik Ekseninde Bireysel Silahlanma*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2019), 89.

⁴ AYM, *Ali Rıza Özer ve diğeri*, 2013/3924, 06.01.2015, p. 115-124.

lan araçlarla müdahale edebilir. Darbe etkili, kinetik ya da plastik mermi olarak adlandırılan mermiler de dünyada birçok ülkede toplantı ve gösterilere müdahale aracı olarak kullanılmaktadır. Türkiye’de bu mermilerin kullanılmasına izin veren bir kanun bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türkiye’de kolluğun plastik mermi kullanarak toplumsal olaylara müdahale ettiği iddiaları yıllardır gündemden düşmemiştir. Bu iddialar her dönemde basında sıkça yer almıştır⁵. İçişleri Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü, envanterinde plastik mermi bulunmadığını ifade ederek iddiaları tekzip etmiştir⁶. Buna karşın kamu tüzel kişiliğini haiz Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu raporları⁷ ve Kamu Denetçiliği Kurumu kararlarında⁸ plastik mermi kullanılan bazı olgulara yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) 2018 yılında verdiği *Kılıcı/Türkiye*⁹ kararında da kolluğun bir gösteri yürüyüşünde plastik mermi kullanmak suretiyle göstericiyi yaraladığı tespit edilerek işkence ve kötü muamele yasağından Türkiye mahkûm edilmiştir. Geçmişteki bir olayın en azından gelecek açısından bir olanağı ispatlama kapasitesini haiz olması, plastik mermi kullanımının hukuksal bir analizinin yapılmasını gerektirmiştir.

Çalışmadaki amacımız Emniyet Genel Müdürlüğü’nün envanterinde plastik mermi bulunup bulunmadığını ve bunların toplumsal olaylarda kullanılıp kullanılmadığını, kullanılmakta ise hangi ölçekte kullanıldığını tartışmak değildir. Amacımız Türkiye’de plastik mermi kullanılıyorsa bunun etiyojisini (nedenleri) incelemek de değildir. Bir aksiyom olarak kolluğun plastik mermi kullanımının öncelikle Türk hukukundaki durumu ele alınacaktır. Plastik mermi kullanımının yasal bir düzenlemeyi zorunlu kılıp kılmadığı, idarenin adsız düzenleyici işlemleriyle plastik merminin kullanımına izin verilip verilemeyeceği üzerinde durulacaktır. Öte yandan kolluğun kullandığı bu enstrümanın temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmeyeceği AİHM ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları ekseninde tartışılacaktır. Deyim yerindeyse çalışmada plastik mermi kullanımının hukuki bir fotoğrafı çekilecektir. Bu fotoğraf çekilirken özellikle Türkiye’de plastik mermi kullanımına cevaz veren mevzuatın Kelsen’in normlar hiyerarşisi kuramı içindeki konumu odak noktası olacaktır.

⁵ <https://www.cnnturk.com/turkiye/cevik-kuvvete-plastik-mermili-yeni-silah>; <https://www.sabah.com.tr/video/turkiye/polis-esenlerde-plastik-mermi-kullandi>; https://kisadalga.net/haber/detay/ankara-ve-izmirde-suruc-anmalarina-mudahale-polis-plastik-mermi-kullandi_36483; <https://www.diken.com.tr/polisten-kadikoyde-toplanan-ogrencilere-biber-gazi-ve-plastik-mermi-ile-mudahale/>, Erişim Tarihi: Haziran 6, 2023.

⁶ <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/istanbul-emniyetinden-plastik-mermi-aciklamasi/533091>; <https://www.birgun.net/haber/plastik-mermi-egm-envanterinde-yokmus-105780>, Erişim Tarihi: Eylül 9, 2023.

⁷ https://serdargunes.files.wordpress.com/2013/07/gezi-parkc4b1-olaylarc4b1-raporu-yayc4b1nlandc4b1_2010_tihk.pdf, Erişim Tarihi: Ağustos 28, 2023.

⁸ <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/2013-90.pdf>, Erişim Tarihi: Şubat 28, 2019.

⁹ AİHM, *Kılıcı/Türkiye*, 32738/11, 27.11.2018.

I. KOLLUĞUN ZOR KULLANMA ARAÇLARI

04.07.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 16. maddesinde¹⁰ polisin zor kullanma araçları kademeli olarak artan biçimde üç basamaklı olarak düzenlenmiştir: Bedenî kuvvet, maddî güç ve silah kullanma. 1) Bedenî kuvvet, polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü ifade eder. 2) Maddî güç; polisin bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarıdır. 3) Silah, 10.07.1953 tarih ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun kapsamında kalan ateşli silahlardır. Ateşli silahlar niteliği itibarıyla ölümcül silahlardandır. Ateşli ve ateşsiz silahlar arasındaki ayırım, silahın barut gibi patlayıcı bir güçle atılıp atılmadığına bakılarak yapılmaktadır¹¹. 01.06.1991 tarih ve 20888 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik'in 2. maddesinde ateşli silah "mermi çekirdeği veya saçma tabir edilen özel şekil ve nitelikteki maddeleri, barut gazı veya bu neviden patlayıcı ve itici güç ile uzak mesafelere kadar atabilen silah" olarak tanımlanmıştır. 2559 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında plastik mermi ve darbe etkili mühimmat zor kullanma araçları arasında sayılmamıştır.

"Plastik mermi" ya da "kinetik/darbe etkili mühimmat" atabilen silah kullanılması konusunda diğer yasalarda da bir düzenleme mevcut değildir. Bu husus ilk kez İçişleri Bakanlığının hazırladığı 28.05.2011 tarihli Toplumsal Olaylarda Görevlendirilen Personelin Hareket Usul ve Esaslarına Dair Yönerge'nin (2011 tarihli Yönerge) 12. maddesinde yer almıştır. Bu Yönerge, Resmî Gazete'de yayımlan-

¹⁰ 2559 sayılı Kanun'un 16. maddesi şöyledir:

"Zor ve silah kullanma

Madde 16 - Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.

Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.

İkinci fıkrada yer alan;

a) Bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü,

b) Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder.

...

Polis;

a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,

b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanılarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde,

c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir..."

¹¹ Aydın, *Özgürlük ve Güvenlik Ekseninde Bireysel Silahlanma*, 36.

madığı gibi İçişleri Bakanlığının internet sitesinde de duyurulmamıştır. Kamuoyu böyle bir Yönerge'nin varlığından Avrupa İnsan Hakları Komiserliğinin Türkiye ile ilgili raporları¹² ve Anayasa Mahkemesinin bazı dosyalarına¹³ Adalet Bakanlığının verdiği yanıtlardan öğrenebilmiştir. 2011 tarihli Yönerge'nin 12. maddesine göre silah dışında kullanılabilir ve "maddi güç" kapsamında kalan zor kullanma araçları; 1) basınçlı su, 2) göz yaşartıcı silah ve mühimmat, 3) cop, 4) darbe etkili kapsül atan silah olarak sıralanmıştır. 2011 tarihli Yönerge'de darbe etkili mühimmatın sonuncu kademede sayılması, bunların ateşli silah kullanımından önce son çare olarak öngörülmuş bir "maddi güç" olduğunu göstermektedir. İdarenin adsız düzenleyici işlemlerinden olan "yönerge" ile ilk kez gündeme gelen bu müdahale aracı, üç kademededen oluşan müdahale araçlarının ikinci ve üçüncüsünün arasında ateşli silah tanımına (üçüncüsüne) yakın yeni bir "ara kademe" yaratmıştır.

II. ÖLDÜRÜCÜ OLMAYAN SİLAH KAVRAMI VE PLASTİK MERMİNİN ZOR KULLANMA ARAÇLARI İÇİNDEKİ YERİ

Kolluğun şiddet olaylarının geliştiği toplumsal olaylar ve gösterilere müdahalede operasyonel etkinliği ile şiddet yanlısı kişilerden gelecek riskler arasında denge kurulması gerekir. Polis şiddet kullanan kişilerle karşılaştığında geleneksel olarak üç seçeneğe sahiptir. Bunlardan ilki kişiyle göğüs göğüse mücadele (bedensel güç), ikincisi kol mesafesinin ötesinde kullanılabilen ve böylece polise daha fazla koruma sağlayan ve şüpheliyi etkisiz hâle getiren öldürücü olmayan silahları da içeren maddi güç¹⁴, üçüncüsü ise ateşli silah kullanımıdır.

Öldürücü olmayan silah kavramı yeni bir kavram olmayıp 1945 yılından beri ABD, İngiltere, Avusturalya ve Kanadalı bilim adamları arasında düzenli bir bilgi alışverişine ve araştırmaya konu olmuştur. Bu araştırmalar gizli olduğu için bu konudaki ilk bilgilere ulaşmak neredeyse olanaksızdır. Öldürücü olmayan silahları tanımlamak kolay değildir; bu silahların hangi tür araç ve gereçlerden müteşekkil olduğu, öldürücü olmama özelliğinin ne şekilde ölçüleceği belirsizdir¹⁵. Bu silahların çoğu olayla ilgisi olmayan masum kişiler ve olay yerinde bulunanlar üzerinde öldürücü, yaralayıcı, kör edici veya sakatlayıcı etkiye sahiptir¹⁶. Bu ne-

¹² Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muiznieks'in 1-5 Temmuz 2013 tarihleri arasındaki Türkiye ziyareti mütakaiben hazırladığı raporun 32 ve 33. paragrafları için bkz. <https://rm.coe.int/16806db7ea>, Erişim Tarihi: Ağustos 23, 2023.

¹³ AYM, *Özlem Kır*, 2014/5097, 28.09.2016, p. 28; AYM, *Ali Ulvi Altunelli*, 2014/11172, 12.06.2018, p. 26.

¹⁴ Rhona Smith, "Police, the Public, Less Lethal Force and Suspects: Deconstructing the Human Rights Arguments", *Police Journal*, C. 82, S. 3 (2009): 195.

¹⁵ Nadine J. Gurr, "Non-Lethal Weapons: Lifting the Lid on the Issue of Human Rights", *The International Journal of Human Rights*, C. 1, S. 4 (1997): 2.

¹⁶ Doumani, Tala ve Dakwar, Jamil. "Rubber Bullets and the Black Lives Matter Protests". *Human Rights Brief*, C. 24, S. 2 (2020): 77; Gurr, "Non-Lethal Weapons: Lifting the Lid on the Issue of Human Rights", 4.

denle “öldürücü olmayan” şeklindeki kavramsallaştırma eleştirilere açıktır. Öldürücü olmayan silahlar, genel olarak ölümle sonuçlanan olayları ve istenmeyen maddi ve çevresel zararları azaltırken onu kullanan personelin ve malzemenin kapasitesini düşüren silahlar şeklinde tanımlanmaktadır¹⁷. Dünya genelinde bu silahlar toplumsal olaylarda saldırgan davranışların kontrol altına alınmasında cop ve ateşli silahlara alternatif veya tamamlayıcı olarak kullanılmaktadır. 1990’larda ABD’nin öldürücü olmayan silahlar doktrinini resmî olarak benimsemesi, tanımlama konusundaki tartışmaları iyice şiddetlendirmiştir. Şu anda dünyanın hiçbir yerinde genel kabul görmüş bir öldürücü olmayan silah tanımı yoktur. Öldürücü olmayan silahlar kullanılırken her zaman yaralanma, ölüm ve mala zarar verme riski bulunduğundan “öldürücü olmayan” ibaresinin -sonuçları dikkate alındığında- bir aldatmaca olduğu ileri sürülmektedir¹⁸.

Öldürücü olmayan silahlar ve plastik mermiler, ilk kez 1960’larda ABD’de Vietnam Savaşı protestolarını bastırmak için kullanılmıştır¹⁹. İngiltere bu silahları 1973 yılında Kuzey İrlandalı isyancılara karşı kullanmaya başlamış, 1975 yılında ise plastik mermiler tamamen kauçuk mermilerin yerine kullanılmaya başlamıştır²⁰. 1991 yılında Soğuk Savaş’ın sona ermesinden önce öldürücü olmayan silahlara ilgi, sadece silahlı çatışma ve rehine olayları, terör saldırılarını önleme, isyanları bastırma, sivil karışıklık ve kamu düzenini bozan diğer durumlarda en az zayıyla düzeni yeniden tesis etmeye odaklanmıştır. Soğuk Savaş’tan sonra birçok ülke öldürücü olmayan silah araştırma ve geliştirme teknolojisine çok miktarda yatırım yapmıştır. Bu teknolojiler, genel olarak suçla mücadelede polisin etkinliğini artırmada yardımcı olarak tasarlandığından bu araştırmaların amacı polisin verimliliğini güçlendirme, olaylara daha hızlı müdahale, modernizasyona yardımcı olmak ve maliyet verimliliğini sağlamak olmuştur. Bu silahların daha ucuz olması ve yakalama için daha sınırlı güç uygulanmasına elverişli bulunmasından ötürü cop ve ateşli silahlara karşı ciddi bir alternatif olarak görülmüştür²¹.

Kuşkusuz yeni bir silah sisteminin devreye girmesinin her zaman bazı avantajları ve dezavantajları bulunmaktadır. Bu yeni teknoloji çoktandır siyaset ve insan hakları alanında birçok endişeyi gündeme getirmiştir. Bu silahların yol açtığı telafisi mümkün olmayan zararlar bu teknolojinin yeterince güvenli olmadığını göstermiştir²². Namludan fırlatılan plastik merminin öldürme ihtimali doğal

¹⁷ Gurr, “Non-Lethal Weapons: Lifting the Lid on the Issue of Human Rights”, 1; Smith, “Police, the Public, Less Lethal Force and Suspects: Deconstructing the Human Rights Arguments”, 194.

¹⁸ Adelina Tumbaraska, “Non-lethal Weapons - a Concept Difficult to Define”, *Security & Future*, C. 1., S. 4 (2017): 138, 139; Doumani ve Dakwar, “Rubber Bullets and the Black Lives Matter Protests”, 79.

¹⁹ Doumani ve Dakwar, “Rubber Bullets and the Black Lives Matter Protests”, 78.

²⁰ Steve Wright, “The Role of Sub-lethal Weapons in Human Rights Abuse”, *Medicine, Conflict and Survival*, C. 17, S. 3 (2001): 224.

²¹ Gurr, “Non-Lethal Weapons: Lifting the Lid on the Issue of Human Rights”, 4.

²² Gurr, “Non-Lethal Weapons: Lifting the Lid on the Issue of Human Rights”, 6.

olarak ateşli silah mermisine göre daha düşük olsa da öldürücü veya sakatlayıcı etkisinin olduğu bilinmektedir. Göstericileri yakalamak için hümanist bir yöntem olduğu düşünülse de plastik mermiler özellikle yakın mesafeden atıldığında arzu edilenden daha tehlikeli sonuçlar doğurmaktadır. Kuzey İrlanda ve İsrail’de isyancıların plastik mermilerle öldürüldüğünü ya da vahim biçimde yaralandığını kanıtlayan çok fazla belge mevcuttur²³.

1995’ten sonra “öldürücü olmayan silah” kavramına yönelik eleştirel birçok bilimsel yayın yapılmış, bu sınıftaki silahların doğasını tanımlama girişimi yoğunlaşmıştır²⁴. Başlangıçta öldürücü olmayan silahlar olarak görülen şok tabancaları, plastik mermi gibi silahlar²⁵; kullarımlarıyla ilgili tıbbi, bilimsel ve istatistiki verilere dayanarak son zamanlarda farklı adlarla anılmaya başlamıştır²⁶. “Öldürücü olmayan silah/non-lethal weapons” yerine; Türkçe’ye “kısmen öldürücü silah” olarak çevrilebilecek “less-lethal weapons/less-than-lethal weapons/sub-lethal weapons” gibi terimler önerilmiştir²⁷. Nobel ödüllü Pugwash Örgütü, yalnız çok sayıda silah türünü kapsadığı için değil, aynı zamanda tehlikeli bir şekilde yanıltıcı olduğu için “öldürücü olmayan silah” kavramının kullanılmasının tamamen terk edilmesi gerektiğini belirterek “kısmen öldürücü silah” kavramının tercih edilmesini önermiştir²⁸.

Türkiye’de plastik mermi kullanımı nedeniyle bir gözünü kaybeden kişi hakkında adli mercilerin talebi üzerine özel bir kriminal büro tarafından bilirkişi raporu düzenlenmiştir. Basına da yansıyan bu rapora göre yaralanan kişinin ameliyat sırasında gözünden çıkarılan mermi parçalarının FN 303 kodlu savunma tüfeği mühimmatı olduğu, bu tüfeğin yiv ve setinin bulunduğu, mühimmatın uç kısmının sert bir plastik cinsi olan polistren polimerden yapıldığı, 9 mm tabanca mermisinden daha fazla özgül ağırlığa sahip bizmut kürecikleri ve boyar madde içerdiği, kişiye isabet ettiğinde 11 kg’lık bir balyozla vurulmuş gibi tesir edeceğinin altı çizilmiştir. Bilirkişi raporunda yaralanan kişinin gözünden çıkarılan madenin savcı tarafından ateşli silah mermisi gibi algılandığı için balistik iz incelemesi talep edildiği, FN 303 silahlarının özel şekilde tasarlanan plastik mermiler

²³ Gurr, “Non-Lethal Weapons: Lifting the Lid on the Issue of Human Rights”, 10.

²⁴ Tumbarska, “Non-lethal Weapons - a Concept Difficult to Define”, 138.

²⁵ 2559 sayılı Kanun’un 16. maddesinde düzenlenmeyen fakat birçok ülkede öldürücü olmayan silah kapsamında kalan çok fazla silah çeşidi bulunmaktadır. Gürültü yapıcı özelliği olan akustik silahlar; bazı kimyasallar içeren insanların hareket etmesini engelleyen yapışkan köpük, polimer ajanlar, göz yaşartıcı gazlar; elektrik şoku veren tabancalar; lazer ve optik tabancalar gibi geçici körlük ve deride yanmaya neden diğer öldürücü olmayan silah türleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Levent İçöz, *Öldürücü Olmayan Silahların Toplum Sağlığı ve Kolluk Kuvvetleri Açısından Etkileri ve Klasik Silahlarla Karşılaştırılması*, (Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006): 26-30.

²⁶ Smith, “Police, the Public, Less Lethal Force and Suspects: Deconstructing the Human Rights Arguments”, 196.

²⁷ Tumbarska, “Non-lethal Weapons - a Concept Difficult to Define”, 139.

²⁸ Wright, “The Role of Sub-lethal Weapons in Human Rights Abuse”, 225.

atabildiği, diğer gaz fişegi vb. mühimmat atan tüfeklere nazaran %50 daha güçlü ve hızlı atış yaptığı, “biraz öldürücü” tüfekler arasında yer aldığı kaydedilmiştir²⁹.

2559 sayılı Kanun’un 16. maddesinde ateşli silah dışında kalan “maddi güç” araçları; basınçlı su, kelepçe, cop, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, polis köpeği, fiziki engeller olarak sayılmıştır. Öldürücü olmayan silahların kapsamının 2559 sayılı Kanun’un 16. maddesindeki “maddi güç” sınırlarını geçecek şekilde ateşli silahlara seçenek olarak kullanılması önemli hukuki sorunlara gebe bir yaklaşımdır. Öldürücü olmayan plastik mermiler bir hedefi öldürmeden etkisiz hâle getirmek için tasarlanmıştır. Ateşli silah kadar öldürücü olmamakla birlikte bu mermiler de kişilerin maddi ve manevi bütünlüğü bakımından vahim neticeler doğurabilmektedir. Yukarıda açıklanan bilirkişi raporunda verilen bilgilere göre olayda kullanıldığı öne sürülen mühimmat ateşli silah mermisine oldukça yakın niteliktedir.

III. PLASTİK MERMİ KULLANIMININ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE ETKİSİ

Kolluğun cebir kullanması farklı insan hakları ihlallerine sebep olabilmektedir. Toplantı ve gösterilere müdahalelerde ifade hürriyeti ile bireylerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hakkı arasında çatışma yaşanması kaçınılmaz bir sonuçtur³⁰. Kolluğun maddi güç kapsamında kalan biber gazı, gaz bombası, gaz fişegi, cop gibi zor kullanma araçlarının yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı ile toplantı ve gösteri hakkını ihlal ettiği yönünde AİHM ve AYM tarafından verilen çok sayıda karar bulunmaktadır³¹. Biber gazı 2559 sayılı Kanun’un 16. maddesinde “göz yaşartıcı gazlar veya tozlar” kavramıyla düzenlenmiştir. Göz yaşartıcı bu maddelerin toplumsal olaylarda kullanılması “gereklilik” ve “orantılılık” koşullarını sağladığı takdirde³² yaşam hakkı, kötü muamele yasağı ile toplantı ve gösteri hakkı açısından bir sorun teşkil etmeyecektir. Zira göz yaşartıcı gaz kullanımının yasal bir altyapısı mevcuttur. Bununla birlikte plastik mermi, tıpkı göz yaşartıcı gazlar gibi ölümcül olmayan silahlar kategorisinde ka-

²⁹ <https://www.cnnturk.com/turkiye/gezide-goz-cikaran-plastik-mermi-oldurucuyumus>; <https://t24.com.tr/haber/ulusal-kriminal-buroya-gore-gezide-goz-cikaran-plastik-mermiler-biraz-oldurucu-olabilirmis,282018>; <https://www.memurlar.net/haber/495173/kor-eden-kursun-olumcul-silahtan-mi.html>; <https://www.milliyet.com.tr/gundem/kor-eden-kursun-olumcul-silahtan-1991203>, Erişim Tarihi: Mayıs 9, 2023.

³⁰ Smith, “Police, the Public, Less Lethal Force and Suspects: Deconstructing the Human Rights Arguments”, 194, 196; Gurr, “Non-Lethal Weapons: Lifting the Lid on the Issue of Human Rights”, 1.

³¹ AİHM, *DİSK ve KESK/Türkiye*, 38676/08, 27.11.2012; AİHM, *İzci/Türkiye*, 42606/05, 23.07.2013; AİHM, *Abdullah Yaşa ve diğerleri/Türkiye*, 44827/08, 16.07.2013; AİHM, *Ataykaya/Türkiye*, 50275/08, 22.07.2014; AİHM, *Süleyman Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, 37273/10 vd., 24.05.2016; AİHM, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri/Türkiye*, 20347/07, 05.07.2016; AİHM, *Mızrak ve Atay/Türkiye*, 65146/12, 18.10.2016; AYM, *Egemen Budak*, 2016/14870, 09.06.2020; AYM, *Melih Dalbudak*, 2016/16050, 13.02.2020; AYM, *Özlem Kır*, 2014/5097, 28.09.2016.

³² Hüseyin Meccek, *İnsan Hakları Hukukunda İşkence Soruşturması*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2023), 36.

bul edilse dahi 2559 sayılı Kanun'da "maddi güç" kapsamında düzenlenmemiştir. Bu durum, plastik mermi kullanılmasını Türk hukuku açısından özellikle de "kanunilik ilkesi" düzleminde gaz fişeği/gaz bombası kullanılmasından daha farklı değerlendirmelere muhtaç kılmaktadır. Bu nedenle çalışmada göz yaşartıcı gazlar konusu inceleme dışında bırakılmıştır. Kolluğun plastik mermi kullanması somut olay bağlamında "gerekli" ve "orantılı" olsa dahi bununla ilgili başvurular AYM ve AİHM önüne taşındığında yasal düzenleme noksanlığı (mevzuat oluşturma yükümlülüğü) açısından ihlal kararlarına konu olabilecektir.

AYM'nin plastik mermi kullanımı ile ilgili bugüne kadar verdiği herhangi bir karar bulunmamaktadır³³. AİHM'nin 2018 yılında verdiği *Kılıcı/Türkiye* kararı ise plastik mermi kullanılması nedeniyle verilen yegâne karardır. Bu davaya konu olayda bir gösteriyi dağıtmak isteyen polisin kullandığı plastik merminin isabet etmesi sonucunda gösterici, sırtında 3x2 cm çapında kızarıklık ve morluk oluşacak şekilde hafif yaralanmıştır. AİHM bu başvuruda şu gerekçelerle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir:

"32. Somut olayda, plastik merminin sebep olduğu yara, şans eseri hafif olsa da, bu tür mühimmatların tehlikeli olduğu şüphe götürmez bir gerçektir ve başvuran çok daha ciddi bir yara alma riskiyle karşı karşıya kalmıştır. Nitekim bu tür mühimmatlar doğru bir şekilde kullanılmadıklarında, tüfek aracılığıyla sıkılan biber gazı fişekleri için de geçerli olduğu gibi (yukarıda anılan, Abdullah Yaşa ve diğerleri, § 43) plastik mermiler de ciddi yaralanmalara sebep olabilir. Bu sebeplerden dolayı Mahkeme, başvuruda oluşan yaranın Sözleşme'nin 3. maddesini uygulamak için (yukarıda 13. paragraf) yeterli olduğu [asgari eşiğe ulaştığı] kanaatine varmıştır (Gäfgen/Almanya [BD], no. 22978/05, § 88, AİHM 2010).

33. Bunun sonucunda, Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre (aynı karar, § 43), böyle bir polis eyleminin Sözleşme'nin 3. maddesinde geçen gerekliliklere uygun olması için, -plastik mermi kullanımı da dahil olmak üzere- polis operasyonlarına hem ulusal yasaların izin vermesi hem de bu operasyonlarda keyfilik, suistimal ve kazalara karşı uygun ve etkili güvencelerden oluşan bir sistem çerçevesinde, uygulama sınırlarının yasa ile yeteri kadar çizilmiş olması gerekmektedir.

34. Oysaki Hükümet, ne plastik mermilerin gösteriler sırasında kullanımını düzenleyen özel bir mevzuata ne de bunların kullanım talimatına değinmiştir.

35. Plastik mermilerin gösteriler sırasında kullanımına ilişkin mevzuat eksikliği ve söz konusu olayların meydana geldiği gün düzenlenen tutanaklarda

³³ Anayasa Mahkemesi; bir göstericinin kolluğun tüfekle attığı "plastik top" nedeniyle yaralandığı bir başvuruda işkence ve kötü muamele yasağından ihlal kararı vermiştir. Ancak "plastik top"un "plastik mermi" olarak kabul edilip edilemeyeceğine dair anılan kararda herhangi bir değerlendirilmeye yer verilmemiştir. Karar için bkz. AYM, *Pınar Durko*, 2015/16449, 28.06.2018.

bu tür mühimmatların kullanıldığına ilişkin hiçbir bilginin bulunmadığını göz önünde bulundurarak Mahkeme, güvenlik güçlerinin belirli bir talimata göre değil, büyük bir otonomiyle hareket ettikleri sonucuna varmıştır. Mahkeme, polisin zor kullanma yetkilerini ana hatlarıyla düzenleyen tek yasal düzenleme olan 2559 sayılı Kanun'un 16. maddesinin, bu tür mühimmatların kullanımına dair bir ifade içermemesi nedeniyle, plastik mermi kullanımını olağan ve doğru bir polis uygulaması haline getirmeye tek başına yeterli olmadığı kanaatinde. Mahkeme'ye göre bu durum, Avrupa'daki çağdaş demokrasilerin gereği olan fiziksel bütünlüğün korunması açısından gerekli güvenceyi sağlamamaktadır³⁴."

Kılıcı/Türkiye davasında AİHM, plastik mermi kullanılması için yasal altyapı bulunmasını zorunlu bir koşul olarak görmüş; bu altyapının aynı zamanda kolluğun suistimalini önleyecek etkili güvenceler içermesi gerektiğine işaret etmiştir. Türkiye'de bu koşulları sağlayan bir yasa bulunmaması kararın omurgasını oluşturmaktadır³⁵. Devletin bireylerin maddi ve manevi varlığını korumak için yasal ve idari bir çerçeve oluşturması gerekir. Bu gereklilik insan hakları hukukunda pozitif yükümlülüklerin bir unsuru olarak "mevzuat oluşturma yükümlülüğü" şeklinde kavramlaştırılmıştır. Pozitif hukuk metinleriyle güvence altına alınmadan temel hak ve özgürlüklerin bireylere yansıtılma olanağı bulunmamaktadır³⁶. Mevzuat oluşturma yükümlülüğü, kolluğun toplumsal olaylara müdahalesinin çerçeve ve sınırlarını çizecek düzenlemeler yapmasını da gerektirir³⁷.

AİHM içtihatlarında ayrıca kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelen müdahalenin iç hukukta yasal bir temeli bulunması gerektiği kabul edilmiştir. Bir düzenlemenin yasa niteliği taşıması için kendi içinde şu üç temel prensibi içermesi gerekir: 1) Müdahale teşkil eden eylem mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanmalıdır. 2) Müdahalenin dayanağını teşkil eden düzenleme ilgili kişi açısından yeterli derecede ulaşılabilir olmalıdır. Bu koşulun sağlanması için mevzuatın bireylerin erişimine açık biçimde yayımlanması gerekir. 3) Son olarak söz konusu düzenlemenin hitap ettiği kişiler bakımından davranışlarını ona göre yönlendirme ve belli koşullar çerçevesinde eylemler neticesinde meydana gelebilecek sonuçları öngörebilmeye olanak sağlayacak belirlilikte olması gerekir. İlgili kişi, gerekirse hukuki yardımdan da faydalanarak, belirli eyleminin doğuracağı hukuki sonuçları makul ölçüde değerlendirebilmelidir³⁸.

³⁴ AİHM, *Kılıcı/Türkiye*, 32738/11, 27.11.2018, p. 32-35. Kararın çevirisi Anayasa Mahkemesi Dış İlişkiler Müdürlüğü'nden temin edilmiştir.

³⁵ Aynı doğrultuda değerlendirmeler için bkz. AİHM, *İzci/Türkiye*, 42606/05, 23.07.2013, p. 63.

³⁶ Mecek, *İnsan Hakları Hukukunda İşkençe Soruşturması*, 168.

³⁷ AİHM, *Çalışkan/Türkiye*, 47936/11, 01.12.2015, p. 39; AİHM, *Abdullah Yaşa ve diğerleri/Türkiye*, 44827/08, 16.07.2013, p. 49; AYM, *Cemil Danışman*, 2013/6319, 16.07.2014, p. 53.

³⁸ AİHM, *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 5947/72, 25.03.1983, p. 87.

IV. PLASTİK MERMİ KULLANIMINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN NORMLAR HİYERARŞİSİNE UYGUNLUĞU

2011 tarihli Yönerge'nin 12. maddesiyle “darbe etkili mermi” kavramı ilk kez mevzuata girmiştir. Yönergelerin normlar hiyerarşisinde işgal ettiği katmanın tespit edilmesi, plastik mermi kullanımının hukuki değerlendirmesinde atılacak ilk adımdır.

İdarenin düzenleme yetkisinin kaynağı Anayasa'dır. Anayasa, genel hukuk normu yaratma işini ilke olarak halkın çoğunluğunun seçtiği parlamentoya verir, fakat yasaların ayrıntılarının belirlenmesini, idarenin çıkaracağı diğer normlara bırakır. Yasama organından değil de idareden kaynaklanan bu normlara idarenin düzenleyici işlemleri denir³⁹. İdarenin düzenleyici işlemlerinin bir kısmı Anayasa'da sayılmıştır. Anayasa'da yer verilen idarenin düzenleyici işlemleri cumhurbaşkanlığı karnamesi ve yönetmeliklerdir. Anayasa'da sayılmayan genelge, sirküler, talimat, yönerge, tebliğ, tamim gibi düzenleyici işlemlere “idarenin adsız düzenleyici işlemleri” denir. Adsız düzenleyici işlemler de kanun ve yönetmeliklerin uygulanması ve yorumlanmasındaki detayları gösterme amacını taşır. Anayasa'nın 123. maddesindeki “idarenin kanuniliği ilkesi”ne göre adsız düzenleyici işlemler kanuna uygun olmak zorundadır. Adsız düzenleyici işlemler, idarenin sahip olduğu genel düzenleme yetkisinin tezahürü olup normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin altında yer almaktadır⁴⁰.

Darbe etkili mermi ve plastik mermi kavramları eş anlamlı olup⁴¹ kolluk tarafından genellikle topluluğun direncini kırmak ve kalabalığı dağıtmak için değişik fırlatıcılarla (tüfek) kullanılır. Kinetik enerjiyi bir silahtan bir kişiye aktararak çalışan bu mermiler; kauçuk, plastik ya da metal içeren kompozitten yapılıdır. Metal içeren kompozit mermiler, diğer darbe etkili mermilere göre daha fazla ölümcüldür⁴². Bu açıklamalar göstermektedir ki “plastik mermiler” ile “kinetik/darbe etkili mermiler” birbirinin yerine kullanılabilen kavramlardır. Temel hak ve özgürlükleri doğrudan ilgilendiren “darbe etkili mermi” gibi öldürücü nitelikte bir zor kullanma aracının yönerge ile hukuk sistemine sokulması hukuk tekniğine uygun mudur?

³⁹ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, çev. Ertuğrul Uzun, (İstanbul: Nora Kitap, 2020), 82.

⁴⁰ Fatma Didem Sevgili Gençay, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 2 (2014): 400-403.

⁴¹ Jennifer A. Beatty, Jason P Stopyra., John H. Slish, William P. Bozeman. “Injury Patterns of Less Lethal Kinetic Impact Projectiles Used by Law Enforcement Officers”. *Journal of Forensic and Legal Medicine*, S. 69 (2020): 1.

⁴² <https://omegaresearchfoundation.org/weapons-equipment/launched-kinetic-impact-projectiles/>; [https://phr.org/our-work/resources/health-impacts-of-crowd-control-weapons-kinetic-impact-projectiles-rubber-bullets/#:~:text=Kinetic%20impact%20projectiles%20\(KIPs\)%20commonly,types%20of%20guns%20and%20launchers](https://phr.org/our-work/resources/health-impacts-of-crowd-control-weapons-kinetic-impact-projectiles-rubber-bullets/#:~:text=Kinetic%20impact%20projectiles%20(KIPs)%20commonly,types%20of%20guns%20and%20launchers;); <https://www.opb.org/article/2023/01/23/a-history-of-rubber-bullets-and-other-crowd-control-projectiles/>, Erişim Tarihi: Mart 23, 2023.

Kelsen'e göre hukuk sistemi hiyerarşik bir yapı üzerine kuruludur. Bu hiyerarşik yapı dikey karakterlidir. Bir üst katmandaki hukuk normu daha alt katmanda bulunan başka bir hukuk normunun yaratılma sürecini ve içeriğini belirler. Hukukun dinamik karakteri uyarınca alt katmandaki norm belli üst katmanda bulunan normun belirlediği biçimde yaratıldığı müddetçe geçerlidir⁴³.

Anayasa'nın 17. maddesinde yaşam hakkı ile işkence yasağı düzenlenmiştir. Anayasa'nın 17. maddesindeki bu haklara yapılacak müdahalelerin temel ve hak özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesindeki ölçütlere uygun olması gerekir. Anılan maddeye göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özüne de dokunamaz. Toplantı ve gösteri hakkı da Anayasa mad. 34/2'de belirtilen amaçlarla ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasa'daki bu düzenlemeler Kelsen'in kuramının pozitif metinlere yansımış hâlidir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir⁴⁴. *Kılıcı/Türkiye* kararının 35. paragrafında kolluğun zor kullanma yetkisini ana hatlarıyla düzenleyen 2559 sayılı Kanun'un 16. maddesinin plastik mermi kullanımı için yeterli olmadığına AİHM tarafından kabul edilmesi, mevzuattaki eksikliği ortaya koymaktadır. *Kılıcı/Türkiye* davasına konu olaylar 2009 yılında meydana geldiği için anılan tarihte 2011 tarihli Yönerge yürürlükte değildi. Dolayısıyla AİHM kararında 2011 tarihli Yönerge konusunda bir açıklama bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere hukuk devletinin temel ilkelerinden biri hukuki belirlilik ilkesidir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması; ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanınaması, başka bir ifadeyle hukuki güvenlik ilkesine uygun olması gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin yasal düzenlemelere baktığında, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır⁴⁵. AİHM, *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*⁴⁶ davasında mevzuatın bu koşulları taşıması gerektiğine işaret ederek mevzuatın yayımlanmasının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi için taşıdığı öneme vurgu yapmıştır.

Hukuk normu sadece belli bir şekilde ortaya çıktığı, belli bir kurala uygun olarak yaratıldığı takdirde geçerlilik kazanabilir. Normlar hiyerarşisine uygun

⁴³ Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, 78, 79.

⁴⁴ AYM, E. 2015/76, K. 2017/153, 15.11.2017, p. 29, 30.

⁴⁵ AYM, E. 2015/76, K. 2017/153, 15.11.2017, p. 31.

⁴⁶ AİHM, *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 5947/72, 25.03.1983, p. 85-90.

olarak hazırlanmayan bir idari işlemin üst düzeydeki normlarla bağı kopuk olduğundan hukuk normu izini anayasaya ve temel norma kadar sürdüremez. İzini anayasalara kadar sürdüremeyen normlar ise o hukuk sisteminin bütünselliği açısından yabancı bir unsur olarak kalacaktır⁴⁷. Alt katmanda bulunan hukuk normunun yaratılması yahut içeriği açısından onu düzenleyen üst düzey norma uymaması durumunda, başka bir deyişle norma aykırı norm yaratılması, hiyerarşik olarak inşa edilmiş hukuk düzeninin birliğini tartışmalı hâle getirir⁴⁸.

Normlar hiyerarşisine göre kanundan sonra gelen yönetmelik, genelge, kılavuz gibi düzenlemelerin ancak kanunla çizilmiş çerçevenin açıklanması ile ilgili olacağı, yasal çerçeveyi genişletici veya daraltıcı mahiyette hükümlere yer verilemeyeceği hukukun genel ilkelerindedir⁴⁹. Bu itibarla darbe etkili mühimmatın kolluğun zor kullanma aracı olarak yönerge ile düzenlenmesi, temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanabileceğine dair Anayasa kuralıyla bağdaşmadığından normlar hiyerarşisine aykırıdır.

2559 sayılı Kanun m. 16/3-b’de maddi güç; “polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçları” olarak tadadi biçimde sıralanmıştır. Bu düzenlemedeki “sair hizmet araçları” ibaresinin plastik mermi kullanılması için ayrı bir düzenlemeyi gerektirmediği iddia edilebilirse de bu iddiaya karşı gerekli cevabı yasa koyucunun bizzat kendisi 2015 yılında vermiştir. Maddi güç kapsamında kalan “ve/veya boyalı su” ibaresi 27.03.2015 tarih ve 6638 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la 2559 sayılı Kanun’un 16. maddesine eklenmiştir. Buna göre “sair hizmet araçları” ibaresi 2015 tarihli değişiklikten önce de yasada dururken yasama organı, temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanacağına dair Anayasa’nın 13. maddesini dikkate alarak “ve/veya boyalı su” ibaresini yasaya ilave etmiştir. Boyalı suyun “sair hizmet araç-

⁴⁷ Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, 68.

⁴⁸ Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, 89.

⁴⁹ “Normlar hiyerarşisi olarak bilinen temel hukuk ilkesine göre, normlar arasında altlık ve üstlük ilişkisi söz konusu olmakta ve her norm geçerliliğini bir üst hukuk normundan almaktadır. Başka bir anlatımla normlar hiyerarşisi, her türlü normun hiyerarşik olarak bir sıra dahilinde sıralanması ve birbirine bağlı olması anlamına gelmekte olup; bunun doğal sonucu olarak, hiyerarşik sıralamada daha altta yer alan bir normun, kendisinden üstte bulunan norma aykırı hükümler içeremeyeceği, bir başka deyişle alt norm niteliğindeki düzenleyici işlemlerin, bir hakkın kullanımını üst normda öngörülmeden bir şekilde daraltamayacağı veya kısıtlayamayacağı; dolayısıyla, düzenleyici bir işlemin kendinden önce gelen Kanun ve Yönetmelik hükümlerine aykırı düzenlemeler getiremeyeceği kabul edilmektedir. Tebliğ, genelge ve yönerge gibi düzenleyici işlemler ise; bir yönetmeliğin veya Bakanlar Kurulu Kararının uygulanmasını göstermek amacıyla ve onlara aykırı hükümler içermemek şartıyla yönetmeliklerde veya Bakanlar Kurulu Kararlarında gösterilen usul ve yöntemleri “açıklayıcı” hükümler taşıyan, yeni bir yöntem ve usul getirmeyen; dayanağı olan mevzuatta yer alan hükümler dışında yeni bir düzenleme içermeyen genel düzenleyici işlemlerdir.” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.03.2017, E. 2014/5328 K. 2017/1319.

ları” arasında görülmeyerek kolluğun müdahale aracı olarak kullanılması yasal düzenleme yapılması gerekliliği plastik mermi kullanımı için evleviyetle geçerli bir koşul olduğu söylenebilir. Zira plastik merminin boyalı suya göre çok daha tehlikeli bir müdahale aracı olduğu tartışmasıdır.

Darbe etkili mermi konusunda düzenleme getiren 2011 tarihli Yönerge, Resmî Gazete’de yayımlanmamış, İçişleri Bakanlığının internet sitesinde ilan edilerek kamuoyunun bilgisine sunulmamıştır. Anayasa mad. 125 uyarınca idarenin bütün işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır. Adsız düzenleyici işlemler de idari işlem olduğuna göre bunlar da idare mahkemelerinin yargı denetimine tabidir⁵⁰. Bir idari işlemin yargı denetimine tabi olmasının, başka bir ifadeyle idari işleme karşı iptal davası açılmasının ilk koşulu bireylerin bu idari işlemi öğrenmiş olmasıdır. Bireylerin hiçbir şekilde haberdar olma olanağına sahip bulunmadığı bir idari işleme karşı dava açması mümkün değildir. İdarenin düzenleyici işlemini internet sitesinde ilan ederek kamuoyuyla paylaşmasının önünde hiçbir engel yokken bundan imtina edilmesi, düzenleyici işlemin yargı denetiminden kaçırıldığı izlenimine yol açmaktadır. Resmî Gazete’de yayımlanmayan, İçişleri Bakanlığının internet sitesinde paylaşılmayan adsız düzenleyici işlemle kolluğun güç kullanma araçlarının kapsamı genişletilmiştir. Toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılacak kişilerin kolluğun gösteriye hangi araçla müdahale edeceğini öngöreyerek eylemini buna göre belirlemek ve gerekirse düzenlemeyi iptal ettirmek üzere dava açabilmesi hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesinin gereğidir. Hiç kimse protesto hakkını kullanırken hayatını riske atmak zorunda değildir. Bireylerin temel haklarını kısıtlayan adsız düzenleyici işlemlere erişim imkânının bulunmaması, bu idari işlemlere karşı iptal davası açma yolunu da fiilen kapatmıştır.

İdare, yasama ve yargı organı gibi bağımsız olmadığından idarenin düzenleyici işlemlerinin diğer hukuk normları kadar objektif olması beklenemez⁵¹. İdare düzenleyici işlem yaparken olaylara kendi perspektifinden bakarak çözüm üretmeye çalışacaktır⁵². Bu nedenle temel hak ve özgürlükler idari işlemlerle tanzim edilirken idarenin kendi öznel özgürlük anlayışını bu işlemlere yüklemesi mümkündür. Oysa insan hak ve özgürlüklerinin etkililiği, hukuk sisteminin içeriğinin gerçeklikle bağdaşmasına dayanır. İçeriğinin neyle şekillendiği belirsiz idari tasarruflarla sağlanmaya çalışılan öznel özgürlük anlayışı, kendini kanuni nesnellığe dönüştürmediği sürece anayasal bir özgürlük anlayışına erişilemez. Bu yaklaşımın uygulamada özgürlükten çok, kısıtlayıcı bir mekanizma doğurması kaçınılmazdır.

⁵⁰ Sevgili Gençay, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, 404.

⁵¹ Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, 85.

⁵² Ridvan Değirmenci, “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: ALHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz”, *Ombudsman Akademik*, S. 2 (2015): 104.

SONUÇ

Tikel olaylar bazen olgusal bir çıkarıma kılavuzluk yapmak için yeterli olabilir. Bu önerme geçerliyse AİHM'nin *Kılıcı/Türkiye* kararı; plastik mermi kullanımını konusundaki iddiaların salt hayali kurgulara dayanmadığını ortaya koymaktadır. Bu tür silahların destekçileri bunları ölümcül güç kullanımı ile hiçbir güç kullanılmaması arasında ek müdahale seçenekleri olarak görmektedir. Bu silahlar, polise direnen kişileri asgari güç kullanarak kontrol altına almak için değişken ölçekli seçenekler sunar ve güç kullanılmasının devam eden bir süreç olarak görülmesini sağlar. Bu silahlara karşı çıkanlar ise bu bakış açısının safça olduğunu, ölümcül olan ve olmayan silahlar arasındaki belirsiz sınırmı bulanıklaşmasının insan hakları, sivil özgürlükler ve yasal süreçler üzerinde dehşet verici sonuçları olacağını ve güvenlik güçlerinin etkinliğini baltalayacağını öne sürmektedirler⁵³. Öte yandan kinetik etkili silahlar balistik iz bırakmadığından suç teşkil edecek şekilde kullanıldığında sorumlu kişiyi bulmak için yapılacak soruşturmalar sonuçsuz kalacaktır. Bu silahları aşırı kullanan ya da kullanma talimatını ihmal eden görevlilerin soruşturulmasındaki başarısızlık cezazırlık kültürünün gelişmesine yol açma riski taşımaktadır⁵⁴.

Kısmen öldürücü silahlar güvenli olmaktan ziyade görünür olmak için tasarlanmıştır ve öldürücü silahları ikame etmek yerine onlara takviye olarak kullanılması kolluğun müdahale şeklini bozabileceği gibi ölümcül-ölümcül olmayan silahlar arasındaki güvenlik duvarını aşabilir⁵⁵. Bununla birlikte ateşli mermilere göre kişinin vücut bütünlüğünü ve yaşamını daha az tehlikeye sokan plastik mermilerin kolluk tarafından kullanılması temel hak ve özgürlükleri daha az tehlikeye sokacaktır. Bu silahların kullanılması, kişilere zarar verme riskinin asgariye indirgenmesi ve kullanımının temel hak ve özgürlükleri koruyacak şekilde kontrol altında tutulması kaydıyla güvenli bir çözüm olabilir⁵⁶. Kısmen öldürücü silahların kullanılması durumunda baş gösterebilecek risklerin bertaraf edilmesi için darbe etkili silahların Anayasa ve uluslararası sözleşmelerdeki güvenceleri temin edecek biçimde ve normlar hiyerarşisine uygun olarak kanunla düzenlenmesi gerekir. Ateşli silahla aynı tahripkâr etkiye sahip olabilen öldürücü olmayan silahların kullanımına ilişkin kural ve ilkelerin tıpkı ateşli silahlarda olduğu gibi açık ve seçik biçimde düzenlenmesi gerekir⁵⁷.

Bireylerin fiziksel bütünlüğünün korunmasına müdahale yetkisi tanıyan düzenlemelerin, kanuna dayanmayan ve kanunlara göre değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması her zaman mümkün olan idari tasarruflarla tanzim edilmesi özgürlük

⁵³ Wright, "The Role of Sub-lethal Weapons in Human Rights Abuse", 222.

⁵⁴ Wright, "The Role of Sub-lethal Weapons in Human Rights Abuse", 226.

⁵⁵ Wright, "The Role of Sub-lethal Weapons in Human Rights Abuse", 221.

⁵⁶ Gurr, "Non-Lethal Weapons: Lifting the Lid on the Issue of Human Rights", 10.

⁵⁷ Doumani ve Dakwar, "Rubber Bullets and the Black Lives Matter Protests", 81.

alanında daraltıcı bir etki doğuracaktır. Tanımı ne olursa olsun bu kadar tesirli, fiziksel bütünlüğe ve yaşam hakkına zarar verme potansiyeli taşıyan bu mermi- nin kullanım şartlarının yasayla belirlenmesi gerekir. Toplum sözleşmesinin anıtı olan anayasalara aykırı olarak plastik mermi gibi tehlikeli bir zor kullanma ara- cının adsız düzenleyici işlemlerle tanzim edilmesi, hukuk normunun iktidarını zayıflatan anomik bir yaklaşımdır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Aydın, Özgür. *Özgürlük ve Güvenlik Ekseninde Bireysel Silahlanma*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2019.
- Beatty, Jennifer A.; Stopyra, Jason P.; Sligh, John H.; Bozeman, William P. “Injury Patterns of Less Lethal Kinetic Impact Projectiles Used by Law Enforcement Officers”, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, S. 69 (2020): 1-5.
- Değirmenci, Rıdvan. “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz”, *Ombudsman Akademik*, S. 2 (2015): 103-120.
- Doumani, Tala ve Dakwar, Jamil. “Rubber Bullets and the Black Lives Matter Protests”. *Human Rights Brief*, C. 24, S. 2 (2020): 77-82.
- Gurr, Nadine J. “Non-Lethal Weapons: Lifting the Lid on the Issue of Human Rights”, *The International Journal of Human Rights*, C. 1, S. 4 (1997): 1-17.
- Harris, David John; O’Boyle, Micheal; Bates, Ed; Buckley, Carla. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021.
- İçöz, Levent, *Öldürücü Olmayan Silahların Toplum Sağlığı ve Kolluk Kuvvetleri Açısından Etikeleri ve Klasik Silahlarla Karşılaştırılması*. Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- Kelsen, Hans, *Saf Hukuk Kuramı*, çev. Ertuğrul Uzun. İstanbul: Nora Kitap, 2020.
- Mecek, Hüseyin. *İnsan Hakları Hukukunda İşkence Soruşturması*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2023.
- Sevgili Gençay, Fatma Didem. “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 2 (2014): 397-418.
- Smith, Rhona. “Police, the Public, Less Lethal Force and Suspects: Deconstructing the Human Rights Arguments”. *Police Journal*, C. 82, S. 3 (2009): 194-211.
- Tumbarska, Adelina. “Non-lethal Weapons - a Concept Difficult to Define”. *Security & Future*, C. 1., S. 4 (2017): 138-141.
- Wright, Steve. “The Role of Sub-lethal Weapons in Human Rights Abuse”. *Medicine, Conflict and Survival*, C. 17, S. 3 (2001): 221-233.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- AİHM, *Abdullah Yaşa ve diğerleri/Türkiye*, 44827/08, 16.07.2013.
- AİHM, *Ataykaya/Türkiye*, 50275/08, 22.07.2014.
- AİHM, *Çalışkan/Türkiye*, 47936/11, 01.12.2015.
- AİHM, *DİSK ve KESK/Türkiye*. 38676/08, 27.11.2012.
- AİHM, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri/Türkiye*, 20347/07, 05.07.2016.
- AİHM, *İzci/Türkiye*, 42606/05, 23.07.2013.
- AİHM, *Kılıcı/Türkiye*, 32738/11, 27.11.2018.

AİHM, *Mızrak ve Atay/Türkiye*, 65146/12, 18.10.2016.

AİHM, *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 5947/72, 25.03.1983.

AİHM, *Süleyman Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, 37273/10 vd., 24.05.2016.

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

AYM, *Ali Rıza Özer ve diğerleri*, 2013/3924, 06.01.2015.

AYM, *Ali Ulvi Altunelli*, 2014/11172, 12.06.2018.

AYM, *Cemil Danışman*, 2013/6319, 16.07.2014.

AYM, *Dilan Ögüz Canan*, 2014/20411, 30.11.2017.

AYM, *Egemen Budak*, 2016/14870, 09.06.2020.

AYM, *Melih Dalbudak*, 2016/16050, 13.02.2020.

AYM, *Özlem Kır*, 2014/5097, 28.09.2016.

AYM, *Pınar Durko*, 2015/16449, 28.06.2018.

Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararları

AYM, E. 2015/76, K. 2017/153, 15.11.2017.

Danıştay Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.03.2017, E. 2014/5328 K. 2017/1319.

Elektronik Kaynaklar

<https://www.cnnurk.com/turkiye/cevik-kuvvete-plastik-mermili-yeni-silah>.

<https://www.sabah.com.tr/video/turkiye/polis-esenlerde-plastik-mermi-kullandi>.

https://kisadalga.net/haber/detay/ankara-ve-izmirde-suruc-anmalarina-mudahale-polis-plastik-mermi-kullandi_36483.

<https://www.diken.com.tr/polisten-kadikoyde-toplanan-ogrencilere-biber-gazi-ve-plastik-mermi-ile-mudahale/>.

<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/istanbul-emniyetinden-plastik-mermi-aciklamasi/533091>.

<https://www.birgun.net/haber/plastik-mermi-egm-envanterinde-yokmus-105780>.

https://serdargunes.files.wordpress.com/2013/07/gezi-parkc4b1-olaylarc4b1-raporu-yayc4b1nlandc4b1_2010_tihk.pdf.

<https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/2013-90.pdf>.

<https://rm.coe.int/16806db7ea>.

<https://www.cnnurk.com/turkiye/gezide-goz-cikaran-plastik-mermi-oldurucuymus>.

<https://t24.com.tr/haber/ulusal-kriminal-buroya-gore-gezide-goz-cikaran-plastik-mermiler-biraz-oldurucu-olabilirmis,282018>.

<https://www.memurlar.net/haber/495173/kor-eden-kursun-olumcul-silahtan-mi.html>.

<https://www.milliyet.com.tr/gundem/kor-eden-kursun-olumcul-silahtan-1991203>.

<https://omegaresearchfoundation.org/weapons-equipment/launched-kinetic-impact-projectiles>.

[https://phr.org/our-work/resources/health-impacts-of-crowd-control-weapons-kinetic-impact-projectiles-rubber-bullets/#:~:text=Kinetic%20impact%20projectiles%20\(KIPs\)%20commonly,types%20of%20guns%20and%20launchers.](https://phr.org/our-work/resources/health-impacts-of-crowd-control-weapons-kinetic-impact-projectiles-rubber-bullets/#:~:text=Kinetic%20impact%20projectiles%20(KIPs)%20commonly,types%20of%20guns%20and%20launchers.)

[https://www.opb.org/article/2023/01/23/a-history-of-rubber-bullets-and-other-crowd-control-projectiles/.](https://www.opb.org/article/2023/01/23/a-history-of-rubber-bullets-and-other-crowd-control-projectiles/)

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

TEREKE BORCUNUN BİR KISIMINI ÖDEDİKTEN SONRA MİRASÇININ HÜKMİ RET KARİNESİNDEN YARARLANIP YARARLANAMAYACAĞI MESELESİ VE KONUYA İLİŞKİN YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN 20.12.2013 TARİHLİ VE E. 2013/2-1607 K. 2013/1675 SAYILI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN^(**)

Öz

Karara konu olayda, mirasbırakanın bankaya kredi borcu bulunmakta olup, bu borç sebebiyle alacaklı banka tarafından mirasçılar aleyhine icra takibi başlatılmış ve takip üzerine mirasçılar tarafından 2.000,00 TL tutarında ödeme yapılmıştır. Daha sonra mirasçılar tarafından mirasbırakanın terekesinin borca batık olduğunun tespiti ile mirasın hükmi reddine karar verilmesi talebiyle dava açılmıştır. İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, davacı mirasçılar tarafından ödendiği ileri sürülen borcun cüzi bir miktar olduğu, mirasçıların kendi malvarlığından bu borcu ödemiş olmasının olağan işlemlerden olduğu, mirasbırakanın öldüğü tarih itibarıyla borca batık olduğu anlaşılan terekenin, cüzi kısım borçlarının davacı mirasçılar tarafından ödenmesinin terekeyi kabullenme olarak değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir. Ancak tereke borcunun mirasçı tarafından ödenmesi halinde somut olayın koşullarının güven ilkesine göre değerlendirilmesi gerekir. Alacaklı banka tarafından mirasbırakanın borcu sebebiyle başlatılan icra takibine itiraz etmek yerine, bu borcu kendi kişisel mallarından ödedikten sonra terekenin borca batık olduğunun tespiti ile mirasın hükmi reddine karar verilmesi talebiyle dava açan mirasçıların mirası örtülü olarak kabul ettiği ve bu mirasçıların mirası ret hakkının düştüğünün kabulü gerekir. Örtülü kabul sebebiyle mirası ret hakkı düşen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş sayıldığından, bu mirasçıların hükmi ret karinesinden yararlanabilmesi de mümkün değildir. Hükmi retten bahsedebilmek için mirasbırakanın ölümü anında terekenin borca batık olması yeterli değildir. Bu hususun ya açıkça belli olması ya da resmen tespit edilmiş olması gerekir. Mirasçıların, hükmi reddi mirasbırakanın alacaklıları tarafından kendilerine karşı açılan bir alacak davasında itiraz yoluyla ileri sürebilecekleri gibi kendileri aleyhine başlatılan bir icra takibinde de itiraz yoluyla ileri sürebileceği dikkate alındığında ve somut olayda banka tarafından başlatılan icra takibi üzerine mirasçılar tarafından önce ödeme yapıldığı, sonra terekenin borca batık olduğunun tespiti ile mirasın hükmi reddine karar verilmesi talebiyle dava açıldığı gözetildiğinde, mirasbırakanın öldüğü tarihte terekenin borca batık olduğunun mirasçılar tarafından bilinmediği, mirasçıların terekenin borca batık olduğunu sonradan anladığı kanaatine varılmaktadır. Somut olayda hükmi reddin koşullarının da gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Mirasın Reddi, Terekenin Örtülü Kabulü, Ret Hakkının Düşmesi, Ret Hakkından Mahrumiyet, Mirasın Hükmen Reddi.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 04.10.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 27.11.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1371445.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / Antalya, Türkiye.
E-posta: tbirinciuzun@akdeniz.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0185-0619>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

THE ISSUE OF WHETHER THE HEIR WHO PAID ONE OF THE DEBTS OF THE DECEASED IS ENTITLED TO BENEFIT FROM THE PRESUMPTION OF DISCLAIMER AND THE ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT GENERAL ASSEMBLY OF CIVIL CHAMBERS DATED 20.12.2013 AND NUMBERED E. 2013/2-1607 K. 2013/1675

Abstract

In the case subject to the decision, the deceased had a loan debt to the bank, and due to this debt, the enforcement proceedings were initiated against the heirs by the creditor bank and the heirs made a payment of 2,000.00 TL. Later, the heirs filed a lawsuit to determine that the deceased's estate was insolvent and, disclaim the inheritance. In the judgment of the Supreme Court General Assembly of Civil Chambers, it was stated that the debt claimed to be paid by it was stated that by the debt claimed to be paid by the plaintiff heirs was a small amount, the payment of this debt by the heirs from their own assets was an ordinary transaction, and the payment of small amount of the debts of the estate, which was understood to be insolvent at the date of the deceased's death, by the plaintiff heirs could not be considered as acceptance of the estate. However, in case the debt of the estate is paid by the heir, the conditions of the concrete case should be evaluated according to the principle of trust. The heirs, who instead of objecting to the enforcement proceedings initiated by the creditor bank due to the debt of the deceased, filed a lawsuit after paying the debt from their own assets to determine that the deceased's estate was insolvent and, disclaim the inheritance, should be considered as they have accepted the inheritance and are not entitled to disclaim the inheritance anymore. The heir who is not entitled to disclaim the inheritance because of the implicit acceptance is deemed to acquire the inheritance unconditionally, and the heir can not benefit from the presumption of disclaimer. For the presumption of disclaimer, insolvency of the estate at the time of the death of deceased is not sufficient. This issue must be clear or officially determined. Considering that in the concrete case firstly the heirs made a payment upon the enforcement proceedings initiated by the creditor bank due to the debt of the deceased, and then filed a lawsuit to determine that the deceased's estate was insolvent and, disclaim the inheritance, it is concluded that the heirs did not know that the inheritance was insolvent at the time of the death of deceased, later they realised that the inheritance was insolvent. Consequently, in the concrete case, the necessary conditions of the presumption of disclaimer have not been provided.

Keywords

Right to Renounce, Right to Disclaim, Implicit Acceptance of the Inheritance, Forfeiture of Right to Disclaim, Presumption of Disclaimer.

Extended Abstract

The article 599 of Turkish Civil Code states that "On the death of the deceased, the estate in its entirety vests by operation of law in the heirs. Subject to the statutory exceptions, the deceased's claims, rights of ownership, limited rights in rem and rights of possession automatically pass to the heirs and the debts of the deceased become the personal debts of the heirs. Named heirs also acquire the inheritance on the death of the deceased. The legal heirs are obliged to deliver the inheritance to the appointed heirs in accordance with the provisions on possession".

According to the article, the main principle is that the inheritance automatically passes to the heir and this inheritance is automatically acquired by the heir without the need for an explicit declaration of acceptance. This is called universal succession.

An heir must declare his or her disclaimer orally or in writing to the competent authority. If the heir fails to declare that he or she disclaims the inheritance within the relevant time limit, he or she acquires it without reservation. Where an heir has interfered in the affairs of the estate before expiry of the disclaimer time limit or has acted in a manner not conducive to administering the estate or maintaining the deceased's business activities, or where he or she has appropriated or concealed objects belonging to the estate, he or she is no longer entitled to disclaim the inheritance.

In the case subject to the decision, the deceased had a loan debt to the bank, and due to this debt, the enforcement proceedings were initiated against the heirs by the creditor bank and the heirs made a payment of

2,000.00 TL. Later, the heirs filed a lawsuit to determine that the deceased's estate was insolvent and, disclaim the inheritance.

In the judgment of the Supreme Court General Assembly of Civil Chambers, it was stated that the debt claimed to be paid by it was stated that by the debt claimed to be paid by the plaintiff heirs was a small amount, the payment of this debt by the heirs from their own assets was an ordinary transaction, and the payment of small amount of the debts of the estate, which was understood to be insolvent at the date of the deceased's death, by the plaintiff heirs could not be considered as acceptance of the estate. However, in case the debt of the estate is paid by the heir, the conditions of the concrete case should be evaluated according to the principle of trust. The heirs, who instead of objecting to the enforcement proceedings initiated by the creditor bank due to the debt of the deceased, filed a lawsuit after paying the debt from their own assets to determine that the deceased's estate was insolvent and, disclaim the inheritance, should be considered as they have accepted the inheritance and are not entitled to disclaim the inheritance anymore.

The heir who is not entitled to disclaim the inheritance because of the implicit acceptance is deemed to acquire the inheritance unconditionally, and the heir can not benefit from the presumption of disclaimer. For the presumption of disclaimer, insolvency of the estate at the time of the death of deceased is not sufficient. This issue must be clear or officially determined. Considering that in the concrete case firstly the heirs made a payment upon the enforcement proceedings initiated by the creditor bank due to the debt of the deceased, and then filed a lawsuit to determine that the deceased's estate was insolvent and, disclaim the inheritance, it is concluded that the heirs did not know that the inheritance was insolvent at the time of the death of deceased, later they realised that the inheritance was insolvent. Consequently, in the concrete case, the necessary conditions of the presumption of disclaimer have not been provided. Considering this situation, it is not possible to agree with the judgment of the Supreme Court General Assembly of Civil Chambers dated 20.12.2013 and numbered E. 2013/2-1607 K. 2013/1675.

GİRİŞ

Mirasın reddi için başvuru süresi üç aydır (TMK md. 606 f. 1). Eğer bir mirasçı süresi içinde mirası reddetmezse bu mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş sayılır (TMK md. 610 f. 1). Öte yandan bazı hallerde henüz ret süresi dolmadan mirasçının ret hakkı düşer. Kanunda, henüz ret süresi dolmadan ret hakkının düşmesi sonucunu doğuran iki sebebe işaret edilmektedir. Bunlardan birincisi mirasçının tereke işlerine karışması, ikincisi ise mirasçının tereke mallarını gizlemesi veya zimmetine geçirmesidir. Bazı davranışlar yerine göre tereke işlerine karışma olarak değerlendirilebilir. Özellikle tereke borcunun ödenmesi halinde durum böyledir. Mirasçının tereddüde mahal veren davranışlarının bulunması halinde, somut olayın koşullarının güven ilkesine göre değerlendirilmesi gerekir.

Mirasbırakanın ölümü üzerine, tereke alacaklılarıyla karşı karşıya kalan mirasçılar, tereke borcunun bir kısmını ödedikten sonra terekenin aslında borca batık olduğunu fark edebilir ve mirasbırakanın alacaklılarıyla baş edemeyeceklerini anlayabilirler. Böyle bir durumda çoğu zaman mirasçılar tarafından mirasbırakanın terekesinin borca batık olduğunun tespiti ile mirasın hükmi reddine karar verilmesi talebiyle dava açılmaktadır. Bu durum, uygulamada sık karşılaşılan bir durumdur. Bu çalışmanın amacı da Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.12.2013 tarihli ve E. 2013/2-1607 K. 2013/1675 sayılı kararından¹ hareketle, tereke borcunun bir kısmını ödeyen mirasçının mirası ret hakkının düşüp düşmediği, tereke

¹ YHGK, 20.12.2013, E. 2013/2-1607, K. 2013/1675 (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

borcunun bir kısmını ödemesine rağmen bu mirasçının hükmi ret karinesinden yararlanıp yararlanamayacağı başka bir deyişle tereke borcunun bir kısmının ödenmesinin mirasın örtülü kabulü olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususlarının tartışılmasıdır. Bu bağlamda, önce ilgili karara olan somut olay ve derece kararları özetlenmiş, daha sonra sırasıyla külli halefiyet ilkesi uyarınca mirasın kazanılması, mirasın reddi yoluyla külli halefiyet ilkesinin hüküm ve sonuçlarının geriye etkili olarak ortadan kaldırılması, hükmi ret ve miras ret hakkının düşmesi konuları incelenmiştir. Son olarak, somut olayda mirasın örtülü kabulünün bulunup bulunmadığı başka bir deyişle miras ret hakkının düşüp düşmediği üzerinde durulmuş ve ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararı değerlendirilmiştir.

Her ne kadar bu karar 10 yıl önce verilmiş olsa da bu kararın uygulama bakımından önemli olduğu ve güncel Yargıtay kararlarında bu karara atıf yapıldığı görülmektedir. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.11.2022 tarihli ve E. 2021/241 K. 2022/1515 sayılı kararı² ile Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 11.05.2023 tarihli ve E. 2022/1460 K. 2023/2505 sayılı kararında³ bu çalışmaya konu Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararından bahsedilmektedir.

I. OLAYIN ÖZETİ

Davacı mirasçılar; babalarının öldüğünü, geride mirasçı olarak kendilerinin kaldığını, mirasbırakandan kendilerine intikal eden malvarlığının olmadığını, tereke malları üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunmadıklarını, mirasbırakan babalarının öldüğü başka bir deyişle mirasın açıldığı tarihte terekenin borca batık olduğunu, bu durumda hükmi ret karinesi uyarınca mirasçıların mirası reddetmiş sayılacağını ileri sürmüş ve mirasbırakanın terekesinin borca batık olduğunun tespiti ile mirasın hükmi reddine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı Hazine vekili; usul yönünden davanın süresinde açılmadığını, esas yönünden ise davanın yerinde olmadığını ileri sürmüş ve davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

II. İLK DERECE MAHKEMESİNİN KARARI

Yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesi tarafından davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde; mirasbırakanın taşınır ya da taşınmaz hiçbir malının olmadığı, bunun dışında sağlığında mirasbırakanın herhangi bir işte çalışmadığı, maaşının da bulunmadığı, ölümü tarihinde mirasbırakanın ödmeden aczinin açıkça belli olduğu belirtilmiştir.

² YHGK, 15.11.2022, E. 2021/241, K. 2022/1515 (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

³ Y 7. HD, 11.05.2023, E. 2022/1460, K. 2023/2505 (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

III. YARGITAY İKİNCİ HUKUK DAİRESİNİN KARARI

Temyiz incelemesinde Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde; mirasbırakanın bankaya kredi borcunun bulunduğu, bu borç sebebiyle davacı mirasçılar aleyhine icra takibi yapıldığı ve davacı mirasçıların 2.000,00 TL tutarında ödeme yaptığı, bu hususun dava dilekçesinde ifade edildiği ancak takip dosyası incelenmeden ve mirasbırakanın borcunun mirasçılar tarafından ödenip ödenmediği tespit edilmeden eksik incelemeyle karar verildiği belirtilmiştir.

IV. İLK DERECE MAHKEMESİNİN DİRENME KARARI

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin bozma kararı üzerine, ilk derece mahkemesi tarafından direnme kararı verilmiştir. Direnme kararının gerekçesinde, mirasbırakanın taşınır ya da taşınmaz hiçbir malının olmadığı, ödemedi aczinin açıkça belli olduğu, yasal karinenin doğruluğunun saptandığı, zarara uğramamak için haciz tehdidi altında mirasçıların ödeme yaptığı, mirasçıların terekeyi sahiplenme niyetinin bulunmadığı, tereke borcunu mirasçının kendi malvarlığından ödemesinin terekeyi sahiplenme anlamına gelmediği belirtilmiştir.

V. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

Direnme kararının temyizi üzerine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından oyçokluğuyla usul ve esasa uygun olduğundan bahisle ilk derece mahkemesinin direnme kararının onanmasına karar verilmiştir. Kararın ilgili kısmı aşağıda belirtilmiştir:

“Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; tereke borcunun bir kısmının mirasçıların kendi malvarlığından ödenmesinin, terekeyi sahiplenme anlamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

...

Bilindiği üzere; TMK'nın 610/2. maddesinde “... Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya miras bırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan, ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine mal eden mirasçı, mirası reddedemez...” hükmü yer almaktadır. Madde metninden de anlaşıldığı üzere; yasa koyucu mirasçılardan birinin tereke işlerine gereğinden fazla karışmasının mirası örtülü kabul anlamına geleceğini ve tıpkı açık kabulde olduğu gibi, ret hakkının bu mirasçı bakımından sona ereceğini düzenlemiştir.

Diğer taraftan, Hukuk Genel Kurulunun 08.02.1950 T. ve 140/20 sayılı kararında; “Bir muamelenin alelade idari muamelattan olup olmadığını tayin için bilhassa muameleyi yapan varisin maksadını nazara almak lâzımdır... Eğer bunun maksadı mirasçı sıfatıyla terekeden tasarruf olmayıp mücerret bilhale mirası kabul ettiği zaman ihmal yüzünden gelebilecek zararın önüne geçmek ise, yaptığı muamelenin alelade idari muamele olarak kabulü zaruridir. Ezcümle malların çalınmaması için tedbir ittihazı,

malları deftere geçirmek, zamanaşımını kesmek için derhal dava açmak, bir otelin, gazinonun müşterilerinin dağılmaması için vergi vermek, davaya mani olmak için müstacel borçları ödemek alelade idarenin istilzam ettiği muamelattandır...” denilmek suretiyle mirasçının eyleminin tereke işlerine karışma olarak değerlendirilebilmesi için onun bu eylemde bulunurken hangi maksatla hareket ettiğinin belirlenmesi gerektiğini, mirasçının amacının mirasçı sıfatı ile terekede tasarruf değilse, eylemlerinin tereke işlerine karışma olarak nitelendirilmeyeceği ve ret hakkının düşmesine sebebiyet verilmeyeceği benimsenmiştir:

Bunun yanında, doktrinde ileri sürülen güven nazariyesine göre; bir irade beyanının ya da iradi bir davranışın ne anlama geldiğini tespit etmek için, beyanda bulunan veya sözü edilen davranışta bulunanın iç iradesine değil, beyana yahut anılan davranışa muhatap olan karşı tarafın, dürüstlük kuralına göre, kendisince bilinebilen bütün hal ve şartlar gereği gibi değerlendirerek buna ne anlam vermesi gerektiğine bakılmaktadır:

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı mirasçılar tarafından ödendiği ileri sürülen borcun cüzi bir miktar olup, mirasçıların kendi malvarlığından ödenmiş olmasının olağan işlemlerden olduğu, miras bırakanın öldüğü tarih itibariyle borca batık olduğu anlaşılan terekenin, cüzi kısım borçlarının davacılar tarafından ödenmesinin terekeyi kabullenme olarak değerlendirilmeyeceği, davacıların beyanlarının aleyhte yorumlanmaması gerektiği ve bu konuda bir araştırma yapılmasına da gerek olmadığı sonucuna varılmış, Yerel Mahkeme’ce davanın kabulüne karar verilmesinin usul ve yasaya uygun olduğu Hukuk Genel Kurulu’nun çoğunluğunca benimsenmiştir:

Bu karar oyçokluğuyla alınmış olup, karşı oyda araştırılması ve çözümlenmesi gereken asıl meselenin, mirasbırakanın borcunun bir kısmını ödeyen mirasçıların mirası kabul etmiş sayılıp sayılmayacağı başka bir deyişle kısmen ödemenin tereke işlerine karışma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında toplandığı ifade edilmiştir. Karşı oy yazısının ilgili kısmı ise aşağıda belirtildiği gibidir:

“Türk Medeni Kanununun 605. maddesinin (2.) fıkrası şöyledir:

“Ölümü halinde mirasbırakanın ödemedен aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır.”

Kanun koyucu bu hükümle, ret lehine bir karine getirmiştir. Buna göre, ölümünde mirasbırakanın ödemedен aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, mirasçılar, ret yönünde bir irade açıklamasında bulunmalarına ihtiyaç olmaksızın miras reddetmiş sayılacaklardır. Bunun için, mirasbırakanın ölümü anında borçlarını ödemekten aciz olması, bu durumun açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olması gerekir. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde mirasçıların karine olarak mirası reddettiler kabul edilecek, dolayısıyla mirasçılar mirasbırakanın borçlarından sorumlu tutulamayacaklardır. Bu sonuç kendiliğinden ortaya çıkar. Ne var ki, mirasçıların bu yasal karineden yararlanabilmeleri için, ret hakkının düşmemiş olması gerekir.

Türk Medeni Kanununun 610’uncu maddesinin (2.) fıkrası şöyledir:

“Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden mirasçı mirası reddedemez.”

Aynı maddenin (3.) fıkrası ise şöyledir:

“Zamanaşımı veya hak düşümü sürelerinin dolmasına engel olmak için dava açılması ve cebri icra takibi yapılması, ret hakkını ortadan kaldırmaz.”

Anılan hüküm gereğince; mirasçıların yukarıda birinci paragrafta açıklanan yasal karineden yararlanabilmesi için, ret hakkının düşmesine sebep olan iş ve işlemlerde bulunmamış olmaları gerekir. Başka bir ifade ile, ret süresi sona ermeden mirasçı, mirasın sarih veya örtülü olarak kabulü anlamına gelen iş ve işlemleri yapmış ise, yasal karineden yararlanamaz.

Davacılar, ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczinin açıkça belli olduğunu ileri sürerek, Türk Medeni Kanununun 605/2. maddesinde yer alan yasal karineden yararlanmak amacıyla bu hususun tespitini istemişler; mahkemece, istek kabul edilmiş, davalının temyizi üzerine hüküm Dairemizce bozulmuştur.

Yüksek Özel Daire; “Davacılar dava dilekçesinde mirasbırakanın Vakıfbank’a olan kredi borcu nedeniyle aleyhlerine takip yapıldığını ve 2.000.TL. ödeme yaptıklarını belirtmişlerdir. Belirtilen takip dosyasını tespit et, getirt, ödemenin mirasbırakanın borcu sebebiyle mirasçılar tarafından yapıp yapılmadığını belirle, sonucuna göre karar ver.” demektedir. Mahkeme ise; ilk hükmünde direnmiştir.

Direnme kararında; “mirasbırakanın taşınır ve taşınmaz hiçbir malvarlığının bulunmadığı, ödemedi aczinin açıkça belli ve yasal karinenin doğruluğunun saptandığı, mirasçıların haciz baskısı altında kendilerini zarardan kurtarmak amacıyla ödeme yaptıkları, niyetlerinin terekeyi sahiplenme olmadığı, tereke borcunun mirasçının kendi malvarlığından ödenmesinin de mirası sahiplenme anlamına gelmeyeceği” gerekçe gösterilmiştir. Buna göre, Yüksek Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyumsuzluk; mirasçıların Türk Medeni Kanununun 605. maddesinin (2.) fıkrasında yer alan yasal karineden yararlanabilmesi için, dava haklarının düşüp düşmediğinin belirlenmesi bakımından araştırmanın yeterli olup olmadığı; dava dilekçesindeki açıklama, mirasbırakanın borcunun mirasçılar tarafından ödendiğini kabul için yeterli ve başka bir araştırmaya lüzum yok ise; mirasbırakanın borcunun mirasçılar tarafından kendi malvarlıklarından ödenmesinin, tereke işlemlerine karışma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Genel Kuruldaki görüşmelerde; gerek yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin, gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun; mirasın mirasçılara intikalinde külli halefiyet ilkesini benimsediği, Türk Medeni Kanununun 599’uncu maddesi hükmünden kaynaklanan bu ilke uyarınca; mirasbırakanın ölümüyle, başka her hangi bir işleme ve mirasçıların mirası kabul ettiklerine ilişkin bir irade açıklamalarına lüzum bulunmaksızın, mirasın mirasçılara kendiliğinden geçtiği ve mirasçıların mirasbırakanın borçlarından kendilerine bırakılan mallarla sınırlı olmaksızın tüm şahsi malvarlıklarıyla sorumlu oldukları, bu bakımdan direnme kararının gerekçesinde yer alan “tereki borcunun mirasçının kendi malvarlığından

ödenmesinin mirası sahiplenme anlamına gelmez” şeklindeki ifadenin kanuna açıkça aykırı olduğu, bu ifadenin gerekçeden çıkartılması gerektiği, Daire kararına muhalefet şerhi koyan sayın üye de dâhil olmak üzere ittifakla kabul edilmiştir. Genel Kurul da, “mirasçıların mirasbırakanın borçlarından kendilerine geçen mallarla sınırlı olmaksızın şahsi malvarlıklarıyla sorumlu olduklarını” kabul ettiğine göre, mirasbırakanın borcunun mirasçıların kendi malvarlıklarından ödenmiş olmasının sorunun çözümünde artık bir önemi bulunmamaktadır. Bu yön tartışmanın dışında bırakılmıştır. O halde, tartışılması ve çözümü gereken asıl sorun; mirasbırakanın borcunu kısmen ödeyen mirasçıların, mirası kabul etmiş sayılıp sayılmayacakları, başka bir ifade ile, kısmen ödemenin “tereke işlerine karışma” anlamına gelip gelmediğidir. Eğer bu işlem, “tereke işlerine karışma” olarak görülmez ise, davacıların borca batıklığı ileri sürme haklarının düşmediği kabul edilmiş olacak, bundan sonra mirasbırakanın ölümü anında borçlarını ödemekten aciz olup olmadığına tespitine gidilecek; “tereke işlerine karışma” veya mirasın örtülü kabulü anlamında ise, davacıların terekenin borca batıklığını ileri sürme hakları kalmamış olacak, dolayısıyla mirasbırakanın borçlarını ödemekten aciz olup olmadığına tespitine artık lüzum kalmayacaktır. Çünkü, mirasçılar mirası örtülü olarak kabul etmişlerdir. Mirası örtülü olarak kabul eden mirasçıların ise, mirasın reddedilmiş sayılmasına ilişkin yasal karineden yararlanmak için terekenin borca batıklığının tespitini isteme hakları yoktur.

Türk Medeni Kanununun 610. maddesinin yukarıda yer verilen (2.) fıkrası gereğince; ret süresi içinde tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan mirasçı ret hakkını yitirir. Kanun koyucu bu hükümlerle, sayılan bu hareketlerin mirasın “örtülü” biçimde kabul edildiğine ilişkin iradeyi gösterdiğini kabul etmiştir. Terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında kalan işlerden, başka bir ifade ile “tereke işlerine karışma” olgusundan neyin anlaşılması gerektiği, somut davadaki nesnel olgulara bakılarak tespit edilebilir. Mirasçının hangi maksatla hareket ettiğini araştırma veya niyetinin tespiti kural olarak gerekli değildir. Bir mirasın kesin biçimde kazanılması için hiçbir kabul beyanı gerekli değildir. Eğer mirasçı kanunda öngörülen süre içinde mirası reddetmez ise, mirasçı olmayı istemiş olsun ya da olmasın mirasçı haline gelir. (TMK: m. 610/1) Mirasçının niyeti bu açıdan dikkate alınmadığına göre, aynı maddenin ikinci fıkrasında öngörülen hal açısından da dikkate alınamaz. Bu bakımdan mirasçının niyet ve maksadı ve borcun miktarının bir önemi bulunmaktadır. Somut olay, nesnel olarak “tereke işlerine karışma” niteliğinde midir, değil midir? Önemli olan budur.

Dairemizin istikrar bulmuş kararlarına göre; mirasbırakanın borcunu ödemeyi taahhüt veya kısmen tediye, mirasın kabulü anlamına gelir. İster yapılan bir takip nedeniyle olsun, ister olmasın, tamamı muaccel hale gelmiş miktarı belirli bir borca karşılık kısmen vukubulan ödeme, kısmi ödemeyi alacaklı reddetmedikçe borcun tamamının kabulü anlamına gelir. (eBK. m. 68, 6098 s. TBK. m. 84) Bu borcun davalıya ait olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Tereke ile ilgili olması yeterlidir. Mirasbırakanın, bir kısım borçlarını ödeyen mirasçı, mirasbırakanın başka

borçlarının olduğu anlaşılınca, sonradan terekenin borca batık olduğunu, bu sebeple mirası reddetmiş sayılması gerektiğini ileri süremez. Veya mirasbırakanın örneğin (A) 'ya olan borcunu ödeyip, (B) 'ye olan borcuna gelince terekenin borca batıklığının ileri sürülmesi ve mirasçının Yasanın 605. maddesinin (2.) fıkrasında yer alan yasal karineden yararlandırılması genel hukuk prensipleri ile bağdaşmaz. Bu bakımdan, miktarı ne olursa olsun, mirasbırakanın borcunu ödemeyi taahhüt veya kısmen ya da tamamen ödeme, tereke işlemlerine karışma niteliğindedir. Bu bakımdan, Yüksek Özel Dairenin bozma kararında belirttiği, icra takip dosyasının tespit edilip, ödemenin mirasçılar tarafından yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise hangi mirasçı tarafından yapıldığı ve ödeme yapılırken herhangi bir ihtirazi kayıt konulup konulmadığı tespit edilmeli, sonucu uyarınca karar verilmelidir. Öyleyse, özel Dairenin bozma kararına uyulmak gerekirken direnme kararı verilmesi doğru bulunmamıştır. Kararın açıklanan sebeple bozulması gerektiği düşüncesiyle Sayın Genel Kurul çoğunluğunun "onama" yönünde oluşan görüşüne katılmak mümkün olmamıştır."

VI. HUKUKİ SORUN

Uyuşmazlığın, tereke borcunun bir kısmını ödeyen mirasçının mirası ret hakkının düşüp düşmediği, tereke borcunun bir kısmını ödemesine rağmen mirasçının hükmi ret karinesinden yararlanıp yararlanamayacağı başka bir deyişle tereke borcunun ödenmesinin terekenin olağan yönetimi niteliğinde veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olan işlerden olup olmadığı, tereke borcunun ödenmesinin mirasın örtülü kabulü anlamına gelip gelmediği noktasında toplandığı anlaşılmaktadır.

Bu sorunun bir çözüme kavuşabilmesi için öncelikle mirasın kazanılmasında külli halefiyet ilkesinin hüküm ve sonuçları ile mirasın reddi kurumunun işlevinin anlaşılması, bunun dışında mirasın örtülü kabulü ile hükmi reddin koşullarının bilinmesi gerekmektedir. Sağlıklı bir değerlendirme ancak bu şekilde yapılabilir.

VII. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

A. KÜLLİ HALEFİYET İLKESİ UYARINCA MİRASIN KAZANILMASI

Türk Medeni Kanunu'na göre, mirasbırakanın ölümü üzerine yani mirasın açılmasıyla miras kendiliğinden mirasçılar tarafından kazanılır⁴. Bunun anlamı hiçbir işleme veya kabul beyanına gerek olmaksızın mirasın kendiliğinden mirasçılara ait olmasıdır⁵. Bu noktada otomatik bir geçiş söz konusudur. İşte bu otomatik geçiş dolayısıyla mirasbırakanın hukuki ilişkileri bakımından hiçbir

⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987), 592; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2017), 341; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 22; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 18-19.

⁵ Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), § 6 N. 1; İmre ve Erman 341.

boşluk meydana gelmez; tereke bir an bile sahipsiz kalmaz⁶. Buna göre, mirası reddetmemesi koşuluyla mirasçı, mirasbırakanın haklarını ölümü anından itibaren kazanmış olur. Buradan hareketle, mirasçının mirası kazanmasının bozucu koşula bağlı bir kazanma niteliğinde olduğu söylenebilir⁷.

Halef, birinin ardından gelip onun yerine geçen kimse olarak tanımlanmaktadır⁸. *Kül* sözcüğü ise bütün anlamına gelir⁹. Bu iki sözcüğün bir araya gelmesiyle oluşan külli halefiyet kavramı ise bir kimseye ait olan şeylerin bir bütün olarak başka bir kimseye geçişini ifade etmek üzere kullanılır. Külli halefiyet kavramı, hukuki metinlerde, çoğu zaman bir malvarlığının aktifi ve pasifiyle tek bir hukuki işlemle veya hukuki bir olay sonucunda bir kişiden başka bir kişiye geçişini anlatmak üzere kullanılır¹⁰. Külli halefiyet, yalnızca kanunda belirtilen hallerde söz konusu olur¹¹. Türk Medeni Kanunu tarafından da mirasın, mirasbırakandan mirasçıya geçişi bakımından külli halefiyet ilkesinin benimsendiği görülür.

TMK md. 599 f. 1 hükmünde “*Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereği kazanırlar*” denmektedir. Bu fıkra mirasın kazanılmasına ilişkin kanun koyucu tarafından benimsenen temel ilke ortaya konmuştur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, “*Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar*” denmektedir. Birinci fıkra benimsenen temel ilkenin, bu fıkra somutlaştırıldığı görülür. Aynı maddenin üçüncü fıkrası ise şu şekildedir: “*Atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanırlar. Yasal mirasçılar, atanmış mirasçılara düşen mirası onlara zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlüdürler*”. Bu fıkra ise atanmış mirasçıların da yasal mirasçılar gibi külli halefiyet ilkesi uyarınca mirası kazanacağı hükme bağlanmıştır.

Külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak, yasal ve atanmış mirasçılar mirasbırakanın yalnızca bütün haklarını iktisap etmezler; mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından da kişisel olarak sorumlu olurlar. Yine bu ilkenin bir sonucu olarak, mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacak haklarını, taşınır ve taşınmaz

⁶ Kocayusufpaşaoğlu, 592; Serozan ve Engin, § 6 N. 1.

⁷ Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1985), 367; Kocayusufpaşaoğlu, 592; İmre ve Erman, 342.

⁸ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: Eylül 12, 2023, <https://sozluk.gov.tr>.

⁹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: Eylül 12, 2023, <https://sozluk.gov.tr>.

¹⁰ Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Cilt: IV: Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), N. 74.

¹¹ Osman Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), N. 148; Dural ve Öz, N. 75.

mallar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazandıkları için, ayrı ayrı devir işlemlerinin yapılmasına yani taşınmazların tesciline, taşınırın teslimine ve alacak haklarının devrine gerek yoktur. Bu nedenle mirasbırakana ait bir malın veya alacak hakkının unutulmuş mirasçılara geçişinin yapılmamış olması gibi bir ihtimal söz konusu olmaz¹².

Külli halefiyet ilkesi uyarınca, mirasbırakanın kişiliği, adeta mirasçılarında devam eder¹³. Bazı yazarlara göre¹⁴, mirasbırakanın ölümüyle mirasbırakanın malvarlığının yalnızca öznesi değişir ancak özü değişmez.

Mirasın külli halefiyet ilkesi uyarınca kazanılmasında, mirasçılarının sayısı bir önemi yoktur. Mirasbırakanın birden çok mirasçısı olabilir. Böyle bir durumda, mirasbırakanın ölümüyle başka bir deyişle mirasın açılmasıyla mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir (TMK md. 640 f. 1). Bu ortaklığa, miras ortaklığı denir. Birden çok mirasçının bulunması halinde, mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve terekeye dâhil olan bütün haklar üzerinde birlikte tasarrufta bulunurlar (TMK md. 640 f. 2). Külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak mirasçılarının elbirliği halinde hak sahip olması, bir mirasçının tek başına tereke üzerinde diğer mirasçılara zarara uğratabileceği bir tasarrufta bulunmasını önler ve miras payı ne olursa olsun mirasçılar arasında eşitliği sağlar. Böylelikle mirasçılarının tereke üzerindeki hakları tam ve doğru bir şekilde korunmuş olur¹⁵.

Mirasın kazanılması bakımından temel ilkeyi ortaya koyan TMK md. 599 f. 1 hükmü emredici niteliktedir. Başka bir deyişle, mirasın kazanılması bakımından kanun koyucu tarafından benimsenen külli halefiyet ilkesinin ne mirasbırakan tarafından ne de mirasçılar tarafından aksi kararlaştırılabilir¹⁶.

Külli halefiyet ilkesinin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, mirasçılarının herhangi bir işlem yapmasına da gerek yoktur. Külli halefiyet ilkesi, mirasbırakanın ölümü üzerine hareketsiz kalan mirasçı üzerinde bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bunun bir istisnası, TMK md. 605 f. 2 hükmüdür. Bu hükme göre, öldüğü tarihte mirasbırakanın aczi açıkça belliyse veya resmen tespit edilmişse, miras mirasçı tarafından reddedilmiş sayılır. Buna hükmi ret denir. Böyle bir durumda, mirasın kendiliğinden geçişi söz konusu olmaz¹⁷. Bir diğer istisnası ise sonra gelen mirasçılar yararına ret halinde görülür. Şöyle ki TMK

¹² Serozan ve Engin, § 1 N. 68; İmre ve Erman, 11; Öztan, 23.

¹³ Georges Capitaine, *La Liquidation Officielle d'une succession en droit suisse (Art. 593 à 597 CCS.)* (Geneve: 1935), 41; İmre ve Erman, 11.

¹⁴ Sabri Şakir Ansay, "Terekenin Tasfiyesi", *Adliye Ceridesi*, C. 31, S. 8 (1940), 747; Serozan ve Engin, § 1 N. 72.

¹⁵ İmre ve Erman, 446; Serozan ve Engin, § 1 N. 74.

¹⁶ Öztan, 23; Serozan ve Engin, § 1 N. 74.

¹⁷ Samim Gönensay ve Kemaleddin Birsen, *Miras Hukuku* (İstanbul: Ahmed Said Matbaası, 1963), 238; Köprülü, 367; Öztan, 23.

md. 612 hükmü, en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından mirasın reddine ilişkin bir düzenlemedir. Bu hükme göre, en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından mirasın reddedilmesi halinde, tereke iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. TMK md. 614 f. 1 hükmünde ise “*Mirasçılar, mirası reddederken, kendilerinden sonra gelen mirasçılardan mirası kabul edip etmeyeceklerinin sorulmasını tasfiyeden önce isteyebilirler*” denmektedir. Eğer mirasçılar, böyle bir istekle mirası reddetmişse, bu durum, sulh hâkimi tarafından sonra gelen mirasçılara bildirilir. Sonra gelen mirasçılar, bir ay içinde mirası kabul etmezlerse reddetmiş sayılırlar. Görüldüğü üzere, bu istisnai durumda da açık bir kabul beyanı aranmaktadır.

B. MİRASÇILARIN MİRASBIRAKANIN BORÇLARINDAN MÜTESELSİL VE KİŞİSEL SORUMLULUĞU

Külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak, yasal ve atanmış mirasçılar mirasbırakanın yalnızca bütün haklarını değil, borçlarını da iktisap ederler. Mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar (TMK md. 599 f. 2). Buna göre, mirasçılarının mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu, yalnızca tereke mallarıyla sınırlı bir sorumluluk değildir; mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından kendi malvarlıklarıyla da sorumlu olurlar. Bunun istisnası, devletin mirasçılığıdır. Devlet, mirasbırakanın borçlarından yalnızca terekede bulunan mallar ile sorumlu olur. Devletin mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu, belirli malvarlığı değerleri ile sınırlı sorumluluk halinin bir örneğidir.

TMK md. 681 f. 1 hükmü uyarınca, mirasçılar mirasbırakanın borçlarından müteselsilen sorumludurlar. Yani birden çok mirasçının bulunması halinde, mirasbırakanın alacaklılarına karşı mirasçılar arasında müteselsil borçluluk söz konusu olur. O halde, TMK md. 599 f. 2 hükmü ve md. 681 f. 1 hükmü bir arada değerlendirildiğinde, mirasbırakanın borçlarından dolayı mirasçılarının sorumluluğunun hem müteselsil hem de kişisel olduğu sonucuna ulaşılır. Bu sorumluluk yalnızca yasal ve atanmış mirasçılar için geçerlidir; vasiyet alacaklıları, mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmaz¹⁸.

Mirasçılar arasındaki teselsül nedeniyle, mirasbırakanın alacaklısı dilediği mirasçıya başvurabilir (TBK md. 163 f. 1). Bu noktada mirasçının miras payının hiçbir önemi yoktur. Mirasçı, miras payından çok daha fazlasını mirasbırakanın alacaklısına ödemek zorunda kalabilir.

Mirasçılarının mirasbırakanın borçlarından kişisel ve müteselsil olarak sorumlu olması, mirasbırakanın alacaklılarının yararına olsa da mirasçılar bakımından bazı riskler taşır. Özellikle tereke mevcudunun mirasbırakanın borçlarına yetmesi veya miras ortaklığında borç ödemekten aciz olan mirasçılarının bulunması halinde durum böyledir. Tereke mevcudunun mirasbırakanın borçlarına yetme-

¹⁸ Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 26; İmre ve Erman, 455.

mesi halinde, mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu bulunan mirasçı, mirasbırakanın alacaklısının kendisine başvurması üzerine, bu borcu kendi malvarlığından karşılamak zorunda kalır. Mirasbırakanın borcunu ödeyen mirasçı, miras payları oranında diğer mirasçılara rücu edebilir. Ancak diğer mirasçıların borç ödemededen aciz olması halinde, bu mirasçılara rücu edilmesi faydasız olabilir. Böyle bir durumda da mirasbırakanın borçlarından kişisel ve müteselsil sorumluluk, mirasçı aleyhine sonuçlar doğurur¹⁹.

C. KÜLLİ HALEFİYET İLKESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARININ GERİYE ETKİLİ OLARAK ORTADAN KALDIRILMASI: MİRASIN REDDİ

1. Genel Olarak

Bizim hukukumuza göre, esas olan mirasın kendiliğinden mirasçıya geçişi ve bu mirasın açık bir kabul beyanına gerek olmaksızın mirasçı tarafından yine kendiliğinden kazanılmasıdır. Durum böyle olmakla birlikte, külli halefiyet ilkesinin bazı sakıncalarının bulunması nedeniyle kanun koyucu tarafından mirasçılara bu ilkenin hüküm ve sonuçlarını sınırlandırabilme hatta geriye etkili olarak tamamen ortadan kaldırabilme imkânı tanınmıştır. İşte bu noktada mirasın kazanılmasında mirasçının seçimlik hakları gündeme gelir. Külli halefiyet ilkesinin hüküm ve sonuçlarını geriye etkili olarak tamamen ortadan kaldırmak isteyen mirasçı, mirası reddedebilir²⁰. Bu ilkenin hüküm ve sonuçlarını sınırlandırmak isteyen mirasçı ise mirası tutulan deftere göre kabul edebileceği gibi mirasın resmi tasfiyesini de isteyebilir. Esasen bu seçimlik haklar, farklı menfaatlere hizmet eder.

2. Başvuru Süresi ve Usulü

Mirasın reddi, TMK md. 605 ve devamında düzenlenmiştir. Yasal ve atanmış mirasçılar, mirası reddedebilirler (TMK md. 605 f. 1). Mirasın reddi için başvuru süresi üç aydır (TMK md. 606 f. 1). Bu süre, yasal mirasçı bakımından, mirasçı olduğunu daha sonra öğrendiği ispat edilmedikçe, mirasbırakanın ölümünü öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar (TMK md. 606 f. 2). Vasiyetname ile atanmış mirasçılar bakımından ise bu süre, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufunun kendisine resmen bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (TMK md. 606 f. 2). Miras sözleşmesi ile atanmış mirasçılar bakımından süre ise yasal mirasçı-

¹⁹ İlhan Helvacı, *Mirasın Reddi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 8.

²⁰ Franz Müller und Johannes Stamm, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (Hrsg.), OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2021), Art. 566, N. 1; Tarkan Göksu, *Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, in: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo (Hrsg.), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), Art. 566, N. 1; Nicolas Rouiller et Evelyne Gyax, *Commentaire du droit des successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR)*, in: Antoine Eigenmann, Nicolas Rouiller (Editeurs), *SHK - Stämpflis Handkommentar* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012), Art. 566, N. 2; Serozan ve Engin, § 1 N. 71.

larda olduğu gibidir²¹. Süresi içinde mirası reddetmeyen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş sayılır (TMK md. 610 f. 1).

Mirasın reddi usulü, TMK md. 609'da düzenlenmiştir. Buna göre, mirasın reddi sözlü veya yazılı beyanla yapılabilir. Yetkili ve görevli mahkeme ise, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesidir (TMK md. 609 f. 1 ve f. 3).

3. Hüküm ve Sonuçları

Mirasın reddi, tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir hukuki işlemdir²². Mirasın reddi, bağışlama niteliğinde değildir (TBK md. 285 f. 2). Mirası reddeden mirasçının hangi sebeple mirası reddettiğini açıklamasına gerek yoktur. Mirasın reddi, kayıtsız ve şartsız olmalıdır (TMK md. 609 f. 2). Kural olarak mirasın reddinden dönülemez. Bunun tek istisnası, mirası reddeden mirasçı ile birlikte mirasçı olanların tamamının buna muvafakat etmesidir²³.

Mirasın reddi, mirasçıya mirasçılık sıfatını kabul etmeme imkânı tanıyan bir haktır²⁴. Mirası reddeden mirasçı, mirasçılık sıfatını kaybeder. Mirasın reddi, geriye etkilidir. Mirasın reddinin hüküm ve sonuçları, mirasbırakanın ölümü anına kadar geriye yürür. Bu nedenle mirası reddeden yasal mirasçının miras payı, sanki bu mirasçı mirasbırakandan önce ölmüş gibi diğer mirasçılara geçer (TMK md. 611 f. 1). Mirası reddeden atanmış mirasçının miras payı ise, kural olarak mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarına kalır. Ancak mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunda başka türlü bir düzenleme yapmış olabilir (TMK md. 611 f. 2).

Bir mirasçı mirası, çeşitli saiklerle reddedebilir²⁵. En başta mirasçı, mirasbırakanın borçlarını kendi kişisel mallarından ödemek isteyebilir. Bunun dışında, birlikte mirasçı olduğu kişilerin miras payını artırmak isteyebilir. Mirasçı, kendisinin mirasçılık sıfatı taşınması nedeniyle mirasçı olamayanların mirasçı olabilmesi amacıyla da mirası reddedebilir. Sağlığında mirasbırakanla kişisel ilişkileri iyi olmayan mirasçı, mirasbırakandan bir menfaat elde etmek istemediği için mirası reddetmiş olabilir. Bunların yanı sıra, mirasbırakan ölüme bağlı tasarruflarıyla üçüncü kişilere kazandırmalarda bulunmuş olabilir. Mirasçı ise bu kişilerle iyi ilişkiler içinde olmayabilir. Mirasçı, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarını yerine getirmemek amacıyla dahi mirası reddedebilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, mirası reddederken mirasçının bir açıklama yapmasına gerek yoktur. Önemli olan mirasın reddinin kayıtsız ve şartsız olmasıdır²⁶.

²¹ Kocayusufpaşaoğlu, 609; Helvacı, 82.

²² Köprülü, 373; Helvacı, 11.

²³ İmre ve Erman, 367; Helvacı, 110.

²⁴ Öztan, 409; Dural ve Öz, N. 1696.

²⁵ Rouiller et Gyax, Art. 566, N. 1.

²⁶ Köprülü, 374; Helvacı, 13.

Mirasın reddi ile kanun koyucu, mirasçıya külli halefiyet ilkesinin hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabilmek imkânı tanımıştır²⁷. Mirasın reddinin esas amacı da budur. Çünkü külli halefiyet ilkesi uyarınca, miras iradesi dışında mirasçıya geçmektedir. Bu yönüyle külli halefiyet ilkesi, irade özerkliğini sınırlandırır. Ancak mirasın reddi, bu sınırlamanın kaldırılması bakımından işlevseldir²⁸.

D. HÜKMI RET

1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere, külli halefiyet ilkesinin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, mirasçıların herhangi bir işlem yapmasına gerek yoktur. Külli halefiyet ilkesi, mirasbırakanın ölümü üzerine hareketsiz kalan mirasçı üzerinde bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bunun bir istisnası, TMK md. 605 f. 2 hükmüdür. Bu hükme göre, öldüğü tarihte mirasbırakanın aczi açıkça belliyse veya resmen tespit edilmişse, miras mirasçı tarafından reddedilmiş sayılır. Buna *hükmi ret* denir. Böyle bir durumda, mirasın kendiliğinden geçişi söz konusu olmaz²⁹. Mirasçının susması, mirasın reddi anlamına gelir. Burada, mirasın reddi yönünde kanuni bir karine mevcuttur ve bu karine, açık veya örtülü kabul beyanıyla çürütülebilir³⁰. Mirasın örtülü kabulü, hükmi ret karinesinin çürütülmesi bakımından son derece önemlidir. Çünkü örtülü kabul

²⁷ R. Coquoz, "Mirasın Reddinin Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri" (Çev. Jale Güral), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1 (1951), 685; İzzet Başara, *Mirasın Reddi* (Ankara: Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011), 5; Birsan ve Gönensay, 236; Helvacı, 12-13.

²⁸ Helvacı, 13; Müge Ürem, "Mirası Ret Hakkının Düşmesine Sebep Olan Haller", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 175-176 (2019), 782; Büşra Cömert Akbay, "Mirasın İradi Reddi (Mirasın Gerçek Reddi)". *Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2022), 880.

²⁹ Öztan, 23; İmre ve Erman, 356.

³⁰ Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 73; Hasan Petek, "Mirasın Hükmen Reddi", *Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Özel Sayı (2013), 2194; Cumhuriyet Rüzgaresi ve Murat Erdem, "Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Tasfiye Sebepleri", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 1-2 (2011), 242; Kocayusufpaşaoğlu, 620 vd.; İmre ve Erman, 355; Helvacı, 193. Doktrinde hâkim görüş bu yönde olmakla birlikte hükmi reddin hukuki niteliği itibarıyla bir fiksion yani bir varsayım olduğu da ileri sürülmektedir. Konuya ilişkin tartışma için bkz. Paul Piotet, *Schweizerisches Privatrecht, Band IV: Erbrecht* (Basel/Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1981), § 76 IV, 591 vd. Umar'a göre, TMK md. 605'te öngörülen koşullar gerçekleşmişse mirasın reddedilmiş sayılması bir fiksiondur çünkü mirasın reddi mirasçı tarafından gerçekleştirilen bir hukuki işlemdir ancak hükmi ret halinde herhangi bir işlem yapılmadan kanunda öngörülen koşullara aynı hukuki sonuç bağlanmıştır. Bkz. Bilge Umar, "Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüldüğü Bir Yanlışlık", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 1 (2004), 322 dn. 10. Serozan ve Engin'e göre ise bu tartışmanın pratik bir önemi yoktur (§ 6 N. 70 dn. 50). Kocayusufpaşaoğlu'na göre de hükmi ret halinde dahi mirasın açılması üzerine mirasçıların mirası kendiliğinden kazanması ilkesi yönünden herhangi bir değişiklik söz konusu değildir; normal durumda ret süresi içinde mirasçının susması, hareketsiz kalması mirasın kayıtsız şartsız kabulü sayılırken, burada ret lehine bir karine söz konusudur. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 620.

sebebiyle mirası ret hakkı düşen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş sayılır. Bu nedenle bu mirasçı, hükmi ret karinesinden yararlanamaz³¹.

2. Koşulları

Hükmi reddin söz konusu olabilmesi için, ölümü tarihi itibarıyla ya mirasbırakanın ödemededen aczinin açıkça belli olması ya da bu hususun resmen tespit edilmiş olması gerekir. Öncelikle *ödemeden aciz* kavramı üzerinde durulmalıdır. Esasen bu ifadeden anlaşılması gereken geçici bir nakit sıkışıklığı değildir. İfade edilmek istenen, terekenin borca batık olmasıdır. Başka bir deyişle tereke aktifinin pasifini karşılamaya yetmemesidir³². Bu durumun mirasbırakanın ölümü anında söz konusu olması gerekir³³. Ancak hükmi retten bahsedebilmek için mirasbırakanın ölümü anında terekenin borca batık olması yeterli değildir; bu hususun ya açıkça belli olması ya da resmen tespit edilmiş olması gerekir.

Mirasbırakan hakkında iflas kararı alınmış olabilir veya mirasbırakanın alacaklılarının elinde aciz belgesi bulunabilir ya da büyük bir borç nedeniyle mirasbırakanın malları haczedilmiş olabilir. Ölümü anında mirasbırakan konkordato sürecinde de olabilir. Bu gibi hallerde, mirasbırakanın ödemededen aczinin resmen tespit edilmiş olduğu kabul edilmektedir³⁴.

Mirasbırakanın ödemededen aczi, ölümü tarihi itibarıyla henüz resmen tespit edilmemiş olabilir. Resmen tespit edilmemiş olmakla beraber, mirasbırakanın ödemededen aczi açıkça belli olabilir. Bu durumda da mirasçılar, hükmi ret karinesinden yararlanır. Peki, *açıkça belli* ifadesinden ne anlaşılmalıdır? Bu ifadeden anlaşılması gereken, mirasbırakanın ödemededen aczinin herkes tarafından biliniyor olmasıdır³⁵. Mirasbırakanın aczi, en azından mirasbıraka-

³¹ Berki, 241; Kocayusufpaşaoğlu, 621; Helvacı, 194.

³² Mehmet Akçaal, "Hükmi Reddin Tespiti Davası", *Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 2 (2019), 526; İmre ve Erman, 356; Helvacı, 195; Rüzgaresen ve Erdem, 239; Petek, 2210; Göksu, Art. 566, N. 8; Rouiller et Gygax, Art. 566, N. 24.

Y 8. HD, 02.10.2014, E. 2013/23089, K. 2014/17767: "*Mirasbırakanın ödemededen aczi ölüm tarihine göre belirlenir. Ölüm tarihi itibarıyla, mirasbırakanın tüm malvarlığı tekenin aktifini, tüm borçları ise terekenin pasifini oluşturur. Terekenin pasifinin aktifinden fazla olması; terekenin ödemededen aczini ve dolayısıyla da terekenin borca batık olduğunu gösterir*" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

Bir görüşe göre, bu hükümde yanlış kelimeler kullanılmıştır. Bu görüşe göre, bu hükümde ifade edilmek istenen aciz hali değil, borca batıklıktır. Detaylı bilgi için bkz. Bilge Umar, "Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlışlık", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 1 (2004): 317-324; Cumhuriyet Rüzgaresen, "Mirasbırakanın Borca Batık Olması", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1-2 (2010): 271-311.

³³ Samim Bilgen, "Borca Müstağrak Tereke (Medeni Kanunumuzdaki Bir Tercüme Zaafı Üzerine)", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 6 (1953), 499.

³⁴ Kocayusufpaşaoğlu, 619; İmre ve Erman, 356; Helvacı, 196; Rüzgaresen ve Erdem, 240; Akçaal, 527.

³⁵ Köprülü, 375; Kocayusufpaşaoğlu, 619; İmre ve Erman, 356; Helvacı, 195; Rüzgaresen ve Erdem, 240.

nın yaşadığı çevre özellikle de mirasçıları ve alacaklıları tarafından bilinmelidir³⁶. En önemlisi de bu durumun mirasbırakanın ölümü anında mirasçılar tarafından biliniyor olmasıdır³⁷. Çünkü bu “(k)arine, esasen mirasçıların borca batık terekenin kendi güçlerinin ötesinde olduğunu bildiklerinde, mirası reddetme yolunu benimseyecekleri düşüncesine dayanır”³⁸. Bir belirsizlik olması halinde hükmi reddin bahsedilemez, böyle bir durumda mirasçılar hükmi ret karinesine güvenmemeli³⁹, terekenin resmi defterinin tutulmasını talep etmeli ve sonuca göre bir karar vermelidirler⁴⁰. Bazen mirasbırakanın ödemedi aciz olduğu yönünde çevrede yanlış bir kanaat oluşmuş olabilir. Örneğin mirasbırakan alacaklılarına zarar vermek amacıyla borçlarını ödemiş olabilir. Böyle bir durumda mirasbırakanın terekesi borca batık olmadığı için, mirasçıları hükmi ret karinesinden yararlanamaz⁴¹. Başka bir deyişle mirasbırakanın ödemedi aczinin açıkça belli olması, terekenin iflas hükümleri uyarınca tasfiyesi için yeterli değildir; mahkeme gerekli incelemeleri yaparak, terekenin gerçek durumunu tespit etmelidir⁴².

3. Sonuçları

Hükmi reddin koşullarının gerçekleşmesi halinde, mirasçı mirası reddetmiş sayılır. Mirasçı, mirasçılık sıfatını kaybeder ve mirasbırakanın borçlarından kişisel ve müteselsilen sorumlu olmaktan kurtulur. Hükmi ret karinesinden yararlanan mirasçının, mirası açıkça reddetmesine gerek yoktur. Ancak mirasçının, mirası açıkça reddetmesinde herhangi bir sakınca da bulunmamaktadır. Hükmi ret karinesinden yararlanan mirasçı da üç ay içinde mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine başvurarak mirası reddedebilir⁴³. Esasen bu durum, mirasçının menfaatindedir. Çünkü bir uyuşmazlık halinde, hükmi reddin koşullarını ispat yükü mirasçıya aittir⁴⁴.

³⁶ Helvacı, 195; Akçaal, 527.

³⁷ Kocayusufoğlu, 620; Göksu, Art. 566, N. 10.

³⁸ Helvacı, 196, dn. 486.

³⁹ Rouiller et Gyax, Art. 566, N. 28.

⁴⁰ Müller und Stamm, Art. 566, N. 4.

⁴¹ İmre ve Erman, 357.

⁴² Rüzgaresen ve Erdem, 241.

⁴³ Y 2. HD, 09.04.2009, E. 2008/18729, K. 2009/6751: “Türk Medeni Kanunu’nun 605/1. maddesinde gerçek ret, Türk Medeni Kanunu’nun 605/2. maddesinde hükmi ret düzenlenmiştir. Yasal koşulların gerçekleşmesi halinde mirasçılar Türk Medeni Kanunu’nun 605/1. maddesinden dava açabilecekleri gibi, Türk Medeni Kanunu’nun 605/2. maddesinden de dava açabilirler. Gerçek ret, mirasçıların sulh mahkemesine sözlü veya yazılı beyanı ile yapılır. (TMK. md. 609) Hükmi ret ise tereke alacaklısına karşı açılacak davada, mirasbırakanın ölüm tarihindeki terekesinin borca batıklığının tespiti niteliğindedir” (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁴⁴ Kocayusufoğlu, 621; Petek, 2211-2212; Rüzgaresen ve Erdem, 243.

Hükmi reddin tespiti mirasçı tarafından her zaman talep edilebilir⁴⁵. Hükmi reddin tespitine ilişkin verilen mahkeme kararı, mirası açık veya örtülü olarak kabul eden mirasçılar dışındaki bütün mirasçılar bakımından etkilidir⁴⁶.

Mirasçılar, hükmi reddi mirasbırakanın alacaklıları tarafından kendilerine karşı açılan bir alacak davasında itiraz yoluyla da ileri sürebilirler. Bu durumda hükmi ret itirazı, aynı davada incelenip değerlendirilir. Yargıtay kararları da bu yöndedir⁴⁷.

Mirasçılar aleyhine başlatılan bir icra takibinde de hükmi ret yine itiraz yoluyla ileri sürülebilir. Bu durumda mirasçılar, ayrıca bir tespit davası açmak zorundadır. Çünkü İcra ve İflas Kanunu'nun 68. maddesinin 4. fıkrasında "*Borçlu murisine ait bir alacak için takip edilmekte olup da, terekenin borca batık olduğunu ileri sürerse bu hususta ilam getirmesi için kendisine münasip bir mühlet verilir*" denmektedir. Açılacak olan tespit davasında yetkili ve görevli mahkeme, HMK hükümlerine göre belirlenir⁴⁸. Esasen bu dava, hukuki niteliği itibarıyla bir

⁴⁵ Y 14. HD, 07.06.2017, E. 2016/11651, K. 2017/4845: "*Dava, TMK'nun 605/2. maddesi gereğince açılan mirasın hükmen reddi istemine ilişkindir. Ölüm tarihinde miras bırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır (TMK m. 605/2). Mirasçılar Türk Medeni Kanunu'nun 610. maddesinde yazılı aykırılık da bulunmadıkça yani zimnen mirası kabul etmiş duruma düşmüş olmadıkça her zaman murisin ödemedi aczinin tespitini isteyebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 606. maddesinde belirtilen süre bu davada uygulanmaz. Dava alacaklılara husumet yöneltilerek görülür. Bu davada yetkili mahkeme ise alacaklıların davanın açıldığı zamandaki ikametgâhı mahkemesidir*" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁴⁶ M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), 296; Helvacı, 197, dn. 494; Petek, 2223.

⁴⁷ YHGK, 16.04.2008, E. 2018/4-332, K. 2018/336: "*Mirası hükmen red etmiş sayılan kişi, tereke alacaklıları aleyhine husumet yönelterek bu durumun tespitini isteyebileceği gibi, bunu def'i yolu ile de ileri sürebilir. Somut olayda, mirasçılar def'i yolunu tercih etmişlerdir. Açılan bu davada mirasbırakanın ödemedi aczinin açıkça belli olduğunu dile getirmişlerdir. İşte bu halde mirasın reddedilmiş olduğunun kabulü gerekir. Bu durumun teyidi yönünden, mahkeme duruşma safahatında; Tapu Sicil Müdürlüğü'ne, SSK İhtiyarlık Sigorta Müdürlüğü'ne, Vergi Dairesi Müdürlüğü'ne, Emekli Sandığı'na müzekkereler yazmış, aldığı cevaplarla miras bırakanın hiçbir taşınmazının bulunmadığı, vergi mükellefi olmadığı, SSK ve Emekli Sandığı'ndan maaş almadığı belirlenmiştir. Ayrıca; Emniyet Müdürlüğü'nden alınan cevabi yazıda da, miras bırakanın ölmeden önce boşta gezdiği, işinin olmadığı, üzerine kayıtlı malvarlığının bulunmadığı tespit edilmiştir. Dinlenen şahit de bu durumu teyit etmiştir. Bu açıklamalardan anlaşıldığı gibi, mirasbırakanın taşınır, taşınmaz hiçbir malı olmadığı gibi, maaşının da bulunmadığı, herhangi bir işte de çalışmadığı belirlenmiştir. Yani miras bırakanın ödemedi aczi açıkça bellidir. Karinenin doğruluğu somut olayda saptanmış olup, aksi davacı tarafından ispat edilememiştir*" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

Y 4. HD, 23.11.1992, E. 1991/8220, K. 1992/14732: "*MK.nun 545. maddesine göre, ölüm gününde terekenin borca batık olduğu şayi veya sabit olursa miras red edilmiş sayılır. Terekenin borca batık olduğunun tesbiti müstakil bir davayla istenebileceği gibi açılmış bir davada da savunulabilir. Bu savunmanın HUMK.nun 222 vd. maddeleri gereğince hadise şeklinde incelenip karara bağlanması gereklidir*" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁴⁸ YİBK, 23.12.1942, E. 1942/24, K. 1942/29: "*Filhakika hükmü reddin mütevellit dava ve ihtilaflar defter tutma ve tasfiye müddetleri geçtikten sonra ya icrada bir takip veya mahkemede bir dava üzerine tahaddüs etmekte ve mirasçılar terekenin borca müstağrak olduğunu ileri sürerek kendilerine mesuliyet terettüp etmiyeceğini iddia eylemektedirler. Terekenin borca müstağrak olduğunun şüyyu veya sübutu ve mirasın fiilen veya kavlen kabul edilmiş olup olmadığı muhakemeye muhtaç hususlardan olup kanunda bu kabil ihtilafların mutlaka sulh hâkimleri tarafından görüleceği hakkında bir sarahat olmadığından meselenin vazifeye mütedair kanuni esaslar dairesinde*

menfi tespit ve borçtan kurtulma davasıdır. Bu nedenle yetkili ve görevli mahkeme, genel hükümlere göre belirlenir⁴⁹.

Hükmi reddin koşullarının gerçekleştiği her türlü delil ile ispat edilebilir⁵⁰. İspat yükü, mirasçıdadır⁵¹. Hükmi reddin koşullarının ispatı halinde, mirasçılar hükmi ret karinesinden yararlanır. Ancak hükmi ret karinesi aksi ispat edilebilir bir karinedir. Mirasbırakanın alacaklıları da terekenin borca batık olmadığını veya mirasçılarının örtülü kabul sebebiyle ret hakkının düştüğünü ispat ederek bu karineyi çürütebilir⁵². Çünkü örtülü kabul sebebiyle mirası ret hakkı düşen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş sayıldığından, bu mirasçı, hükmi ret karinesinden yararlanamaz⁵³.

Hükmi ret karinesinden mirasbırakanın bütün mirasçıları yararlanır. Başka bir deyişle mirasbırakanın bütün mirasçıları, mirası reddetmiş sayılır. Bu nedenle hükmi ret halinde, en yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından mirasın reddedilmesine benzer bir durum ortaya çıkar ve miras iflas hükümlerine göre tasfiye edilir⁵⁴.

E. MİRASI RET HAKKININ DÜŞMESİ

1. Ret Süresinin Geçmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, mirasın reddi için başvuru süresi üç aydır (TMK md. 606 f. 1). Bu süre, yasal mirasçı bakımından, mirasçı olduğunu daha sonra öğrendiği ispat edilmedikçe, mirasbırakanın ölümünü öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar (TMK md. 606 f. 2). Vasiyetname ile atanmış mirasçılar bakımından ise bu süre, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunun kendisine resmen bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (TMK md. 606 f. 2). Miras

mütalaası muktazi ... olduğuna sülûsan ekseriyetle 23.12.1942 tarihinde karar verildi" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net). Ayrıca bkz. Y 2. HD, 12.11.2003, E. 2003/14125, K. 2003/15438 (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net); Y 2. HD, 07.11.2007, E. 2007/14769, K. 2007/15193 (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁴⁹ Y 2. HD, 14.6.1999, E. 1999/4830, K. 1999/6715 (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net). Yetkili mahkeme bakımından karşı görüş için bkz. Orçun Horozoğlu, *Mirasın Hükmen Reddi ve Sonuçları* (İstanbul: Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 38. Yazara göre, yetkili mahkeme mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesi olmalıdır.

⁵⁰ Oğuzman, 295, dn. 136; Petek, 2226.

⁵¹ Y 2. HD, 10.10.1996, E. 1996/8996, K. 1996/9996: "*Medeni Kanun 545/2'ye göre, mirasbırakanın ölümü anında terekesi borca batık ise miras bu konuda bir irade açıklamasına gerek kalmadan reddedilmiş olur. Ancak bunun için terekenin borca batık olduğunun usulüne uygun yetkili ve görevli mahkemede (23/12/1942 tarihli 24/29 sayılı içtihadı birleştirme kararı) alacaklılara karşı açılacak dava sonunda sabit olması zorunludur. İspat külfeti mirası hükmen reddettiğini iddia eden mirasçıya aittir"* (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁵² İmre ve Erman, 358; Rüzgaresen ve Erdem, 243.

⁵³ Berki, 241; Kocayusufpaşaoğlu, 621; Helvacı, 194.

⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, 622; İmre ve Erman, 358; Helvacı, 200. Hükmi ret halinde resmi tasfiye hakkında detaylı bilgi için bkz. Tuba Birinci Uzun, *Mirasın Resmi Tasfiyesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 125 vd.

sözleşmesi ile atanmış mirasçılar bakımından süre ise yasal mirasçılarda olduğu gibidir⁵⁵.

Eğer bir mirasçı süresi içinde mirası reddetmezse bu mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş sayılır (TMK md. 610 f. 1). Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki mirasın reddi yönünden öngörülen süre, zamanaşımı süresi değildir; bu süre, hak düşürücü niteliktedir⁵⁶. Süresi içinde mirası reddetmeyen mirasçı üzerinde kural olarak külli halefiyet ilkesi bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur; külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak, bu mirasçı mirasbırakanın yalnızca intikale elverişli bütün haklarını iktisap etmez, mirasbırakanın borçlarından da kişisel olarak sorumlu olur.

2. Mirasın Örtülü Kabulü

a. Genel Olarak

TMK md. 610 f. 2 hükmünde, “*Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden mirasçı, mirası reddedemez*” denmektedir. Bu hüküm, ret süresinin dolmasından önce ret hakkının düşmesine ilişkindir. Bu hükümde, henüz ret süresi dolmadan ret hakkının düşmesi sonucunu doğuran iki sebebe işaret edilmektedir⁵⁷. Bunlardan birincisi mirasçının tereke işlerine karışması, ikincisi ise mirasçının tereke mallarını gizlemesi veya zimmetine geçirmesidir. Bu davranış biçimlerine böyle bir sonuç bağlanması çelişkili davranış yasağından ileri gelmektedir. Gerçekten de davranışlarıyla mirasbırakanın alacaklıları nezdinde önce mirası kabul ettiği yönünde bir izlenim bırakan mirasçının sonradan mirası reddetmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, dürüstlük kuralına aykırıdır⁵⁸.

b. Mirasçının Tereke İşlerine Karışması

TMK md. 610 f. 2 hükmü uyarınca, tereke işlerine karışan mirasçının, mirası ret hakkı düşer. Ancak önemle belirtmek gerekir ki terekenin olağan yönetimine ilişkin işlemler bu kapsamda değildir. Bu noktada önemli olan, mirasçının amacıdır⁵⁹. Mirası ret hakkının düşmesi için mirasçı tarafından yapılan işlemlerin,

⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, 609; Helvacı, 82.

⁵⁶ İmre ve Erman, 363.

⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, 615; İmre ve Erman, 359.

⁵⁸ Rouiller et Gyax, Art. 571, N. 4; Eren ve Yücer Aktürk, 511.

⁵⁹ Ali Himmet Berki, *Miras ve Tatbikat* (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1968), 244; Helvacı, 131; Durral ve Öz, N. 1721; İmre ve Erman, 360; Kocayusufpaşaoğlu, 615.

YHGK, 08.02.1950, E. 1-261 K. 1950/140-20: “*Alelaide idare terekeyi aslı halinde muhafaza etmek bunu herhangi bir suretle zarara maruz bulundurmamak maksadı ile yapılan muamelelerdir. Bir muamelenin alelade idari muamelattan olup olmadığını tayin için bilhassa muameleyi yapan murisin maksadını nazara almak lazımdır. Eğer bunun maksadı mirasçı sıfatıyla terekeden tasarruf olmayıp*

mirasın benimsenmesi olarak değerlendirilebilmesi gerekir. Bu değerlendirme objektif ölçütlere göre yapılmalıdır. Hayatın olağan akışı ilkesi ve dürüstlük kuralları dikkate alınarak, mirasçının davranışından bu mirasçının mirası benimsediği sonucuna ulaşılabilmelidir⁶⁰. Bu şekilde terekenin benimsenmesi, örtülü kabul niteliğindedir⁶¹.

Terekenin korunması önlemlerine başvurulması örneğin koruma önlemi olarak terekenin defterinin tutulmasının talep edilmesi⁶² ya da terekenin resmi defterinin tutulmasının istenmesi olağan yönetim sınırlarını aşarak tereke işlerine karışmak başka bir deyişle mirası örtülü olarak kabul etmek şeklinde yorumlanamaz⁶³. Zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin dolmasını engellemek üzere dava açılması veya icra takibine başlanması halinde de mirası ret hakkı düşmez (TMK md. 610 f. 3).

Tereke borcundan dolayı mirasçılar aleyhine başlatılan icra takibine itiraz edilmesi halinde yine mirası ret hakkının düştüğünden bahsedilemez⁶⁴. Bunun dışında, mirasçılık belgesinin alınması⁶⁵ ve terekeye dâhil olmayan bir miktar

mücerret bilahare mirası kabul ettiği zaman ihmal yüzünden gelebilecek bir zararın önüne geçmek ise yaptığı muamelelerin alelade idari bir muamele olarak kabulü zaruridir. Ezcümle malların çalınmaması için tedbir itihazi, malları deftere geçirmek, zamanaşımını kesmek için derhal dava açmak, bir otel, gazinonun sırf müşterileri dağılmamak için vergileri vermek, davaya mani olmak için müstacel borçları ödemek alelade idarenin istilzam ettiği muamelelerdir. Kaldı ki, mirasçı bu muamelelerin mahiyetini takdirde hataya düşeceğinden endişe ediyorsa ihtirazi bir kayıt ile ve mirası red hakkını muhafaza ettiğini beyan ile zamanaşımına uğrayacak bir davayı açması mümkündür” (Fahrettin Tanju, Miras Hukukunda Tereke ve Tatbikat (İçtihatlı ve Notlu) (Adana: Gürpınar Basımevi, 1957), 413).

⁶⁰ Berki, 243; Gönsensay ve Birsen, 241; Köprülü, 378; Helvacı, 132; Antalya, N. 1745; Eren ve Yücer Aktürk, 511.

⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, 615; Dural ve Öz, N. 1719.

⁶² YHGK, 22.09.2010, E. 2010/2-379, K. 2010/413: “Terekenin tespiti için davacılar tarafından açılan dava, bu kapsamda olmayıp davacıların mirası örtülü olarak kabul ettikleri sonucunu doğrular” (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legal.net).

⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, 617; İmre ve Erman, 361; Helvacı, 134-135.

⁶⁴ YHGK, 30.09.1977, E. 1977/2-569, K. 1977/774: “Davacı mirasçılarının vekili tarafından tereke borcundan dolayı mirasçılara karşı yapılan icra takibine itirazda bulunması ve sonradan da bu itirazından vazgeçmiş olması, mahkemenin kabulünün aksine mirası kabul ... niteliğini taşıyan bir hukuki işlem sayılamaz” (Erişim Tarihi: Eylül 27, 2023, www.kazanci.com).

Y 2. HD, 06.02.1975, E. 1975/8495, K. 1975/1131: “Mirasçının, mirasbırakan hakkındaki icra takibi-ne itiraz etmiş olması terekeyi benimseme ve kabullenme (tesahup) anlamına gelmez. Mirasçı bu eylemi ile terekenin devamlılığını sağlamış olduğundan borca batıklığı ileri sürmek hakkını yitirmez. Çünkü: bu davranış terekenin korunması amacını güden basit ve tereke yönünden zorunlu işlemlerdir. Uygulama da bu doğrultudadır” (Erişim Tarihi: Eylül 27, 2023, www.kazanci.com).

Y 2. HD, 01.04.1974, E. 1973/2038, K. 1974/1987: “Mirasçılarının icra takibine yahut bir davaya karşı koymuş olmaları, kira toplama, bir işletmeyi terekenin yararına olmak üzere idare gibi eylemler terekeyi kabullenmek anlamına gelmez. Öyle ise terekenin korunması amacını güden bu çeşit basit ve fakat zorunlu işlemler borca batıklık iddiasının ileri sürülmesine engel değildir” (Erişim Tarihi: Eylül 27, 2023, www.kazanci.com).

⁶⁵ Y 2. HD, 27.03.1979, E. 1979/1027, K. 1979/2645: “Veraset belgesi, her zaman terekeye sahip çıkmak, başka bir anlatımla mirası kesin olarak iktisap etmek (kabullenmek) iradesini gösteren bir davranış değildir. Sözgelimi, emekli - dul - şehit aylığı almak veya Medeni Kanununun 610. maddesi gereğince emeğinin karşılığı olan tazminatı isteyebilmek ya da miras bırakanın öldürülmesi sebebi ile manevi

paranın iktisap edilmesi⁶⁶ ret hakkını düşürmez. Buna karşılık, ölüme bağlı tasarrufun iptali, tenkis veya miras sebebiyle istihkak davasının açılması, miras payının devredilmesi ya da mirasın paylaşılmasının istenmesi halinde mirası ret hakkı düşer. Çünkü bu işlemler, ne terekenin korunmasına yöneliktir ne de terekenin olağan yönetimi kapsamındadır; aksine bu işlemlerin yapılması, terekenin mirasçı tarafından benimsendiğini gösterir⁶⁷.

Mirasbırakana ait şirket hisselerinin mirasçılara devredilmiş olması⁶⁸, mirasbırakana ait banka hesabındaki paranın mirasçılar tarafından çekilmiş olması⁶⁹,

tazminat davası (BK. 47) açabilmek, terekenin defterinin tutulmasını (MK. 559) isteyebilmek veya herhangi bir vakıf sebebi ile tevliyete hak kazandığını tesbit ettirmek amacı ile ve daha benzeri birçok sebeplerle veraset belgesi almak mümkündür. Bu bakımdan böyle bir belgenin alınması için Mahkemeye başvurmak, mirası red hakkının yitirilmesine veya borca batıklık iddiasında bulunmak hakkının ortadan kaldırılmasına yol açmaz” (Erişim Tarihi: Eylül 27, 2023, www.kazanci.com).

⁶⁶ Y 2. HD, 28.12.1973, E. 1972/7950, K. 1973/7537: “205 sayılı Ordu Yardımlaşma Kanunu gereğince ödenen para terekeye dâhil bulunmadığına, bu itibarla Kurumun verdiği parayı almak Medeni Kanununun 550. maddesi gereğince terekeye tesahup (benimseme) şeklinde bir eylem sayılmayacağına göre...” (Erişim Tarihi: Eylül 27, 2023, www.kazanci.com).

Y 2. HD, 22.11.1983, E. 1983/8965, K. 1983/8919: “Tereke borca batık olduğu takdirde, miras hükmen red edilmiş sayılır (MK. 545). Mirasçılar M.K.nun 550. maddesinde yazılı eylemlerde bulunmadıkça yani, red hakkından yoksun kalmadıkça, her zaman borca batık olduğunun tesbiti istenebilir. Bu bakımdan mahkemenin davanın M.K.’nun 546. maddesinde yazılı 3 aylık süre içerisinde açılmadığı yolundaki gerekçesi yanlış olduğu gibi, ölenin eş ve çocuklarının Sosyal Sigortalar Kurumu’ndan aylık almalarının M.K.’nun 550. maddesi gereğince benimseme (tesahüp) şeklinde bir eylem sayılması da doğru değildir. Çünkü ölenin eş ve çocuklarına Sosyal Sigortalardan bağlanan maaş terekeye dahil değildir. Onun için maaş sağlanması red hakkını kullanmaya engel değildir” (Erişim Tarihi: Eylül 27, 2023, www.kazanci.com).

Y 11. HD, 18.01.2007, E. 2005/10494, K. 2007/423: “Mahkemece, mübrez belgelere, icra takip ve mirasın reddi davasına ilişkin dosyalara dayanılarak, davalılarca süresinde açılan mirasın reddi davasının kabulüne sonucunlanması nedeniyle murisin ölüm anından itibaren hüküm doğuracağı, davalılarca murislerinin ölümünden dolayı kazayı yapan taşıt sorumlularına karşı maddi ve manevi tazminat davası açılmasının mirasın kabulü anlamına gelmeyeceği ...” (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁶⁷ Helvacı, 134.

⁶⁸ Y 14. HD, 06.03.2017, E. 2016/5017, K. 2017/1712: “... mirasbırakan ...’nin vefatından sonra 26.10.2010 tarihinde miras bırakana ait şirket hisseleri mirasçılara devredilmiş olduğundan Türk Medeni Kanunu madde 610 uyarınca tereke işlemlerine karışılıp mal edinildiğinden mirasın hükmen reddi istenemez. Davacılar Türk Medeni Kanununun 610/2. maddesi anlamında, tereke mallarını kendilerine maletmiş (mirası benimsemiş) ve ret hakkından yoksun kalmışlardır” (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

Y 2. HD, 25.09.2013, E. 2013/650 K. 2013/21915: “O halde mahkemece öncelikle mirasbırakanın bu şirketteki hissesinin davacı mirasçılara intikal edip etmediğinin araştırılması; intikal söz konusu ise, hisseleri devralan mirasçı yönünden mirasın hükmen reddine engel teşkil eden Türk Medeni Kanununun 610/2. maddesinde sözü edilen tereke mallarını kendisine mal edinme durumunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi... gerekirken; eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır” (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁶⁹ Y 14. HD, 04.04.2016, E. 2015/2896, K. 2016/4019: “Davacı Sania K., Kenan K., Kemal K., Cihan K., Cemal K. tarafından davacı Kader K. ’e 01.04.2005 tarihinde muris Hıdır K. ’e ait banka hesaplarındaki parayı çekmek için vekaletname verdiği, davacı Kader K. ’in de aldığı bu vekaletnameyle murise ait banka hesabındaki 11.500,00 USD parayı murisin ölümünden yaklaşık üç buçuk ay sonra çektiği dosya içindeki belgelerden anlaşılmıştır. Davacıların murisin banka hesabındaki parayı çekmesi TMK’nin 610/2 maddesine göre terekeyi sahiplenme anlamına gelen bir davranış şeklidir” (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

terekedeki taşınmazların önce mirasçılarının adına tescil edilmiş olması daha sonra bunların üçüncü bir kişiye⁷⁰ veya mirasçılardan birine⁷¹ devredilmiş olması, mirasbırakanın Sosyal Güvenlik Kurumuna olan prim borçlarının ödenmiş olması⁷², mirasçının Mal Müdürlüğüne ödeme yapmış olması⁷³, mirasbırakana ait maaşın mirasçılar tarafından alınması⁷⁴, mirasbırakan aleyhine açılan manevi tazminat davasına mirasçılarının devam etmesi⁷⁵, mirasbırakanın alacaklısı ile mirasçılarının sulh olması⁷⁶, mirasbırakan aleyhine açılan sözleşmenin feshi ve alacak davasına mirasçılarının devam etmesi⁷⁷ bazı Yargıtay kararlarında terekenin benimsenmesi

⁷⁰ Y 14. HD, 04.04.2016, E. 2015/12439, K. 2016/3994: "Muris... oğlu... 7.10.2008 tarihinde vefat etmiş geriye murisin eşi, oğlu... ve davacı... kalmıştır. Davacı mirasçı... ve dava dışı diğer mirasçılarının 20.10.2008 tarihli ve 2008/300 Esas, 298 Sayılı mirasçılık belgesine göre 5.8.2009 tarihli ve 3038 Sayılı resmi senette belirtilen ve murisleri... oğlu... adına kayıtlı taşınmazlardaki payları tapuda kendi adlarına intikal ettirdikleri ve aynı resmi senette dava dışı ...'a satmış oldukları anlaşılmıştır. Bu işlem TMK'nın 610/2 maddesine göre terekeyi sahiplenme anlamına gelen davranış olmakla davacının hükmen ret hakkı düşmüştür" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁷¹ Y 2. HD, 28.09.2007, E. 2007/11460, K. 2007/12835: "Mirasbırakan 27.02.2005 tarihinde vefat etmiş, davacılar mirasbırakanın eşine ait 9 parsel sayılı taşınmazı 3.3.2005 tarihinde tapuda kendi adlarına intikal ettirmiştir ve aynı gün mirasçılardan Hürü'ye paylarını aktarmışlardır. Bu işlem, terekeye sahiplenme ve kendine maletmedir. Davacıların red hakkı düşmüştür" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁷² Y 14. HD, 22.10.2015, E. 2015/12078, K. 2015/9380: "Davacıların, rızaen murisin ölümünden sonraki bir tarihte yeniden yapılandırma sonucu Sosyal Güvenlik Kurumuna olan prim borçlarını ödemek suretiyle mirası sahiplendikleri anlaşılmakla mirasçılarının ret hakkı düşmüştür" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁷³ Y 2. HD, 10.05.2011, E. 2011/5211, K. 2011/8037: "Davacı Saded 11.04.2006 tarihli oturumda mirasbırakanın ölümünden sonra mal müdürlüğüne 5000 TL ödemede bulunduğunu açıklamıştır. Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan ve mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden mirasçı, mirası reddedemez. (TMK md. 610/2) Ret hakkının yitirilmesine ilişkin bu hüküm hükmen ret durumunda da uygulanır. Açıklanan nedenlerle bir mirasçı, kesin şekilde mirasa sahip çıkıp yukarıdaki tasarruflarda bulunduktan sonra hükmen ret talebinde bulunamaz. Davacı Saded yönünden isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü usul ve yasaya aykırıdır" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁷⁴ Y 2. HD, 18.04.2002, E. 2002/4454, K. 2002/5478: "Davacılar murise ait Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından gönderilen Haziran 1998 maaşını aldıkları gibi Mersin İcra Tetkik Mercii Hakimliğinin 1999/926 esas sayılı dosyasında mirasçı sıfatı ile dava açmışlardır. Bu suretle de alelade idarenin dışına çıkmışlardır. Medeni Kanunun 550. maddesi şartları oluşmuş ve davacılar mirası reddetmek hakkından mahrum kalmışlardır" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁷⁵ Y 2. HD, 12.06.1979, E. 1979/4682, K. 1979/4876: "Olayda davacılar mirasbırakan hakkında tazminat davasını onun ölümünden sonra takip etmişlerdir. Bu eylemlerinin amacı, davanın reddedilmesi halinde yararlarına vekâlet ücreti takdir edilmesini sağlamaktır. Bu davranışları ile terekeye sahip çıkma durumuna düştikleri gibi ayrıca miras bırakanın paydaş olduğu bir taşınmazdan maddî yardarda elde etmişlerdir" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.kazanci.com).

⁷⁶ Y 2. HD, 11.12.1984, E. 1984/10040, K. 1984/10249: "Olayda davacı mirasçılar, bu sıfatla kendileri aleyhine açılan 1980/20 esas sayılı tazminat davasında o davanın davacısına bir miktar para ödeyerek davadan vazgeçilmesini sağlamışlar, diğer bir deyimle davacı ile sulh olmuşlardır. Bu davranışlar ile davacılar terekeye sahip çıkma durumuna düşüp, mirası red etmek hakkını yitirmişlerdir" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.kazanci.com).

⁷⁷ Y 2. HD, 09.03.1978, E. 1978/1729, K. 1978/1877: "Evvelce miras bırakan (N.K.) hakkında, sözleşmenin feshi ve 19000 liranın ödenmesi için dava açılmış, duruşma sırasında davalı öldü-

olarak değerlendirilmiş ve bu işlemleri yapan mirasçıların ret hakkının düştüğü belirtilmiştir. Bunların ortak özelliği, mirasçının zaten mirasçymış gibi davranmasıdır⁷⁸.

c. Mirasçının Tereke Mallarını Gizlemesi veya Zimmetine Geçirmesi

Tereke mallarını gizleyen ya da zimmetine geçiren mirasçının da ret hakkı düşer (TMK md. 610 f. 2). Böyle bir durumun söz konusu olabilmesi için, bazı tereke mallarının mirasçının zilyetliğinde bulunması yeterli değildir; mirasçının malı, diğer mirasçılarla paylaşmamak amacıyla onlardan gizlemesi ya da elinde bulundurması gerekir⁷⁹. Manevi değeri maddi değerinden fazla olan eşyanın kulanılması ise bu kapsamda değildir⁸⁰. Benzer şekilde, mirasbırakana ait elbiselerin ihtiyaç sahibi kimselere verilmesi de örf ve teamüllere uygun olduğundan terekenin benimsenmesi olarak değerlendirilemez⁸¹.

F. SOMUT OLAYDA MİRASIN ÖRTÜLÜ KABULÜNÜN BULUNUP BULUNMADIĞI

Karara konu olayda, mirasbırakanın bankaya kredi borcu bulunmakta olup, bu borç sebebiyle alacaklı banka tarafından mirasçılar aleyhine icra takibi başlatılmış ve takip üzerine mirasçılar tarafından 2.000,00 TL tutarında ödeme yapılmıştır. Daha sonra mirasçılar tarafından mirasbırakanın terekesinin borca batık olduğunun tespiti ile mirasın hükmi reddine karar verilmesi talebiyle dava açılmıştır. İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, davacı mirasçılar tarafından ödendiği ileri sürülen borcun cüzi bir miktar olduğu, mirasçıların kendi malvarlığından bu borcu ödemiş olmasının olağan işlemlerden olduğu, mirasbırakanın öldüğü tarih itibarıyla borca batık olduğu anlaşılan terekenin, cüzi kısım

ğünden, mirasçıları halef sıfatı ile davaya devam etmişlerdir. İster verilen kararın sonucuna razı oldukları, isterse red edileceğine inandıkları için vekâlet ücreti almak amacı ile olsun, mirasçıların anılan davada yer almış bulunmaları ve borca batıklık ileri sürmemiş olmaları, terekeyi benimseme anlamı taşıdığı gibi, yıllar sonra Sosyal Sigortanın 9100 liralık alacağı sebebiyle borca batıklık iddiasında bulunmuş olmaları ise, iyi niyetle bağdaşmaz” (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.kazanci.com).

⁷⁸ Rouiller et Gyax, Art. 571, N. 4; Göksu, Art. 571, N. 3.

⁷⁹ Kocayusufoğlu, 614; İmre ve Erman, 362.

⁸⁰ YHGK, 19.03.1975, E. 975-2-3, K. 363: “... mirasçılar tarafından terekeye dahil bir malın tesahübünün mirasın mutlak olarak kabulü biçiminde değerlendirilebilmesi için öncelikle bu tesahübün terekeyi benimsemek amacı ile olması icap eder. Mirasbırakanın ölümünü müteakip, manevi değeri maddi değerine oranla çok daha fazla bulunan bir kısım taşınır ev eşyasını mirasçıların da halen oturmakta oldukları evde kullanmaları mirasçıların mirası mutlak olarak kabul ettikleri biçiminde nitelendirilemez” (Ahmet Ertuğrul Bolak, *Uygulamada Miras ve Tereke Hukuku* (İstanbul: Eğitim Yayınları, 1980), 1204).

⁸¹ Y 2. HD, 05.04.1949, E. 6825, K. 1949/1897: “Borca batık terekeden, müteveffaya ait elbise ve çamaşırları fukaraya vermek örf ve teamüllere uygundur. Kitapların verilmesi mutad olmadığından terekede tasarruf olup red hakkından mahrumiyeti icap ettirir” (Tanju, 402).

Y 2. HD, 07.09.1949, E. 3613, K. 1949/4244: “Terekenin borca batık olduğu şayi ise, miras hükmen red edilmiş sayılır. Müteveffanın elbiselerinin satışı terekede tasarruf mahiyetinde değildir” (Tanju, 403).

borçlarının davacı mirasçılar tarafından ödenmesinin terekeyi kabullenme olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Şu durumda üzerinde durulması gereken husus, tereke borcunun bir kısmını ödeyen mirasçının bu davranışının mirasın örtülü kabulü olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bir görüşe göre⁸², temerrüt faizinden ve takip masraflarından kurtulmak için mirasbırakanın muaccel borçlarının ödenmesi veya ceza kesilmemesi için mirasbırakana ait vergi borcunun ödenmesi olağan yönetim sınırlarını aşarak tereke işlerine karışmak şeklinde yorumlanamaz. Çünkü bu görüşe göre⁸³, bu işlemler terekenin eksilmesini, zarara uğramasını engellemeye yönelik işlemlerdendir. Kanaatimizce bir çırpıda bu sonuca varabilmek mümkün değildir, bu noktada temkinli olmak gerekir. Çünkü yapılacak değerlendirmenin hüküm ve sonuçları hem alacaklı hem de mirasçı yönünden oldukça ağırdır.

Kocayusufpaşaoğlu tarafından da belirtildiği üzere⁸⁴, bazı davranışlar yerine göre tereke işlerine karışma olarak değerlendirilebilir. Yazara göre⁸⁵, tereke borcunun mirasçı tarafından ödenmesi halinde durum böyledir; somut olayın koşullarının güven ilkesine göre değerlendirilmesi gerekir.

Önemle belirtmek gerekir ki tereke işlerine karışmanın tespiti yönünden farklı görüşler söz konusudur. Bu noktada ilk görüş objektif ölçütü esas alan görüştür. Bu görüşe göre, mirasçının mirası kazanma iradesinin bulunup bulunmadığı önemli değildir; objektif olarak herhangi bir işlem, olağan idareyi aşıyorsa mirasçı mirası kabul etmiş sayılır ve ret hakkı düşer⁸⁶. Sübjektif ölçütü esas alan başka bir görüşe göre, mirasçının mirası kabul etme iradesinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır⁸⁷. Güven ilkesini esas alan diğer bir görüşe göre ise⁸⁸ mirasçının tereddüde mahal veren davranışlarının dışarıdan nasıl algılanacağına bakılmalıdır; dürüstlük kuralı uyarınca, mirasçının davranışının mirasbırakanın alacaklıları nezdinde mirası kabul ettiği yönünde haklı bir izlenim uyandırması halinde bu mirasçının mirası ret hakkının düştüğünün kabulü gerekir.

⁸² İmre ve Erman, 361; Helvacı, 134-135.

⁸³ İmre ve Erman, 361.

⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, 618.

⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, 618-619. Aynı görüşte bkz. Müller und Stamm, Art. 571, N. 2.

⁸⁶ Görüş hakkında bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 615; Dural ve Öz, N. 1719; Antalya, N. 1742; Eren ve Yücer Aktürk, 511. Öztan'a göre TMK md. 610 f. 2'de objektif ölçüt benimsenmiştir. Bkz. Öztan, 417.

⁸⁷ Görüş hakkında bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 615-616; Dural ve Öz, 1720; Antalya, N. 1743; Eren ve Yücer Aktürk, 511. Bir görüşe göre hem mirasçı tarafından yapılan işlemin niteliğine ve kapsamına hem de mirasçının bu işlemi yaparken takip ettiği amaca bakılmalıdır (İmre ve Erman, 360).

⁸⁸ Rouiller et Gyax, Art. 571, N. 4; Kocayusufpaşaoğlu, 616, 618-619; Helvacı, 132-133; Serozan ve Engin, § 6 N. 68; Antalya, N. 1745; Eren ve Yücer Aktürk, 511-512; Ürem, 798-799. Dural ve Öz'e göre, Türk Medeni Kanunu'nda bu görüş kabul edilmiştir. Bkz. Dural ve Öz, N. 1722.

İnceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, mirasçının eyleminin tereke işlerine karışma olarak değerlendirilebilmesi için onun bu eylemde bulunurken hangi amaçla hareket ettiğinin belirlenmesi gerektiği, mirasçının amacının mirasçı sıfatıyla tereke üzerinde tasarrufta bulunmak olmaması halinde mirasçının eylemlerinin tereke işlerine karışma olarak nitelendirilmeyeceği ve mirasçının mirası ret hakkının düşmeyeceği, doktrinde ileri sürülen güven teorisi uyarınca bir irade beyanının ya da iradi bir davranışın ne anlama geldiğini tespit edebilmek için beyanda veya sözü edilen davranışta bulunanın iç iradesine değil, beyana ya da anılan davranışa muhatap olan karşı tarafın, dürüstlük kuralına göre, buna ne anlam vereceğine bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, kararda hem mirasçının iradesini esas alan sübjektif görüşe hem de güven ilkesini ve dürüstlük kuralını esas alan görüşe işaret edilmiştir. Ne var ki kararın devamında davacı mirasçılar tarafından ödendiği ileri sürülen borcun cüzi bir miktar olduğu, mirasçıların kendi malvarlığından bu borcu ödemiş olmasının olağan işlemlerden olduğu, mirasbırakanın öldüğü tarih itibarıyla borca batık olduğu anlaşılan terekenin, cüzi kısım borçlarının davacı mirasçılar tarafından ödenmesinin terekeyi kabullenme olarak değerlendirilemeyeceği, davacıların beyanlarının aleyhte yorumlanmaması gerektiği ve bu konuda bir araştırma yapılmasına da gerek olmadığı belirtilmiştir. Kararda, mirasçıların bu davranışına mirasbırakanın alacaklılarının ne anlam vereceği, mirasçıların bu davranışının alacaklılar tarafından nasıl algılanacağı üzerinde ise hiç durulmamıştır. Her ne kadar kararın gerekçesinde güven ilkesi üzerinde durulsa da konu mirasbırakanın alacaklıları yönünden ele alınmamış, yalnızca yapılan ödemenin cüzi bir miktar olduğu belirtilmiştir.

Bunun dışında kararın gerekçesinde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.02.1950 tarihli ve E. 1-261-140 K. 1950/20 sayılı kararına⁸⁹ da değinilmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki bu karar Yargıtay'ın bazı kararlarında sübjektif görüşü benimsediğine örnek olarak gösterilen karardır⁹⁰. Bu karara göre, bir işlemin olağan idare kapsamında olup olmadığını tespit etmek için mirasçının amacı dikkate alınmalıdır; mirasçının amacının mirasçı sıfatıyla tereke üzerinde tasarrufta bulunma olmayıp, mirası kabul ettiği zaman ihmali yüzünden ortaya çıkabilecek bir zararın önüne geçmek olması halinde, mirasçının yaptığı işlemin olağan idare kapsamında bir işlem olarak kabul edilmesi gerekir. İnceleme konusu karara ge-

⁸⁹ YHGK, 08.02.1950, E. 1-261-140, K. 1950/20: "Bir muamelenin alelade idari muamelattan olup olmadığını tayin için bilhassa muameleyi yapan varisin maksadını nazara almak lazımdır... Eğer bunun maksadı mirasçı sıfatıyla terekeden tasarruf olmayıp mücerret bilahare mirası kabul ettiği zaman ihmali yüzünden gelebilecek zararın önüne geçmek ise, yaptığı muamelenin alelade idari muamele olarak kabulü zaruridir. Ezcümle malların çalınmaması için tedbir ittihazı, malları deftere geçirmek, zamanaşımını kesmek için derhal dava açmak, bir otelin, gazinonun müşterilerinin dağılması için vergi vermek, davaya mani olmak için müstacel borçları ödemek alelade idarenin istilzam ettiği muamelattandır..." (Erişim Tarihi: Kasım, 09, 2023, www.legalbank.net).

⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, 615-616 dn. 55; İmre ve Erman, 360 dn. 18; Cömert Akbay, 913 dn. 156.

lince, güven ilkesine değinilmiş olsa da aslında kararın güven ilkesini içselleştiremediği, mirasbırakanın alacaklılarının menfaatini ihmal ettiği ve hâlâ mirasçının iradesini esas alan sübjektif görüşün etkisi altında olduğu söylenebilir.

İnceleme konusu kararda yer alan karşı oya baktığımızda⁹¹, genel kurulda yapılan tartışmalar sonucunda, üyelerin tereke borcunun tereke mallarından veya mirasçının kendi malvarlığından ödemesinin tereke işlerine karışma yönünden sorunun çözümünde önemli olmadığı kanaatine ulaştıkları, bu nedenle bu konunun tartışma dışı bırakıldığı anlaşılmaktadır. Üyelerin görüşü bu yönde olmakla birlikte, kanaatimizce tereke borcunun mirasçılar tarafından ödenmesi ve tereke işlerine karışma yönünden bir tereddüt bulunması halinde, bu ödemenin kaynağı da önemlidir. Şöyle ki üç aylık ret süresi içinde terekenin özel bir malvarlığı oluşturduğu kabul edilir⁹². Başka bir deyişle ret süresi boyunca, geçici mirasçının kişisel malları ile tereke malları birbirinden ayrıdır. Bunun dışında mirasın reddine kadar geçici mirasçı, vekâletsiz iş gören ile malik arasında bir yerdedir⁹³. Buradan hareketle geçici mirasçının, başkasının işini görme iradesiyle ivedi işleri yapması örneğin temerrüt faizini ve takip masraflarını engellemek için mirasbırakanın muaccel borçlarını veya ceza kesilmemesi için mirasbırakana ait vergi borcunu terekeden ödemesi somut olayın özelliklerine göre gerçek vekâletsiz iş gören olarak kabul edilebilir. İşte böyle bir durumda bu işlemin terekenin eksilmesini, zarara uğramasını engellemeye yönelik bir işlem olduğu söylenebilir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bazı yazarlara göre⁹⁴, temerrüt faizinden ve takip masraflarından kurtulmak için mirasbırakanın muaccel borçlarının ödenmesi veya ceza kesilmemesi için mirasbırakana ait vergi borcunun ödenmesi ister tereke malından isterse kişisel maldan olsun olağan yönetim sınırlarını aşarak tereke işlerine karışmak şeklinde yorumlanamaz. Biz bu noktada, özellikle tek

⁹¹ YHGK, 20.12.2013, E. 2013/2-1607, K. 2013/1675: "Genel Kuruldaki görüşmelerde; gerek yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin, gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun; mirasın mirasçılara intikalinde külli halefiyet ilkesini benimsediği, Türk Medeni Kanununun 599'ncü maddesi hükmünden kaynaklanan bu ilke uyarınca; mirasbırakanın ölümüyle, başka her hangi bir işleme ve mirasçılarının mirası kabul ettiklerine ilişkin bir irade açıklamalarına lüzum bulunmaksızın, mirasın mirasçılara kendiliğinden geçtiği ve mirasçılarının mirasbırakanın borçlarından kendilerine bırakılan mallarla sınırlı olmaksızın tüm şahsi malvarlıklarıyla sorumlu oldukları, bu bakımdan direnme kararının gerekçesinde yer alan "tereke borcunun mirasçının kendi malvarlığından ödemesinin mirası sahiplenme anlamına gelmez" şeklindeki ifadenin kanuna açıkça aykırı olduğu, bu ifadenin gerekçeden çıkartılması gerektiği, Daire kararına muhalefet şerhi koyan sayın üye de dahil olmak üzere ittifakla kabul edilmiştir. Genel Kurul da, "mirasçılarının mirasbırakanın borçlarından kendilerine geçen mallarla sınırlı olmaksızın şahsi malvarlıklarıyla sorumlu olduklarını" kabul ettiğine göre, mirasbırakanın borcunun mirasçılarının kendi malvarlıklarından ödenmiş olmasının sorunun çözümünde artık bir önemi bulunmamaktadır. Bu yön tartışmanın dışında bırakılmıştır..."(Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

⁹² Serozan ve Engin, § 1 N. 1.

⁹³ Serozan ve Engin, § 6 N. 76. Mirasın açılması ile mirasın reddi arasındaki dönemde yapılan işlemler yönünden değerlendirmeler için bkz. Cömert Akbay, 914 vd.

⁹⁴ İmre ve Erman, 361; Helvacı, 134-135.

bir mirasçının olması durumunda, ödemenin kaynağının da önemli olduğunu söyleyerek bu görüşten ayrılıyoruz. Geçici mirasçının, gerçek vekâletsiz iş gören mi yoksa malik olarak mı bu ödemeyi yaptığı başka bir deyişle başkasının işini görme iradesiyle mi hareket ettiği yoksa terekeyi benimseyip benimsemediği hususunun tespitinde hangi malvarlığına yöneldiğinin de önemli olduğunu düşünüyoruz. Çünkü doğal olan, mirası reddetme iradesi taşıyan bir mirasçının ivedi olmayan hiçbir işe karışmaması, ivedi bir işi yapmak zorunda kalması halinde ise tereke alacaklılarını şüpheye düşürecek davranışlardan kaçınmasıdır. Kanaatimizce, ret süresi içinde geçici mirasçının tereke alacaklılarına kendi kişisel mallarından ödeme yapması, onların nezdinde bu mirasçının terekeyi benimsediği ve kendi kişisel mallarından tereke alacaklılarına ödeme yapmaya hazır olduğu yönünde daha kuvvetli bir izlenim bırakır. Gerçekten de bir mirasçının mirası kayıtsız şartsız kabul etmesi halinde, mirasbırakanın terekesi ile mirasçının kişisel malvarlığı adeta kaynaşıp bütünleşir⁹⁵.

Esasen mirasın reddi kurumunun amacı da bizi bu sonuca götürmektedir. Külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak, mirasın açılması üzerine mirasçı mirasbırakanın yalnızca intikale elverişli bütün haklarını iktisap etmez, mirasbırakanın borçlarından da kişisel olarak sorumlu olur. Mirasın reddi ile kanun koyucu, mirasçıya külli halefiyet ilkesinin hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabilmekle imkânı tanımıştır⁹⁶. Çünkü külli halefiyet ilkesi uyarınca, miras iradesi dışında mirasçıya geçmektedir. Bu yönüyle külli halefiyet ilkesi, irade özerkliğini sınırlandırır. Ancak mirasın reddi, bu sınırlamanın kaldırılması bakımından işlevseldir⁹⁷. Mirası reddeden bir mirasçının asıl amacı, mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olmamaktır. O halde, mirasbırakanın borcunu kendi mallarından ödeyen mirasçı, kişisel olarak bu sorumluluğu üstlenmiş yani mirası kabul etmiş demektir⁹⁸. Kaldı ki mirasbırakanın Sosyal Güvenlik Kurumuna olan prim borçlarının mirasçı tarafından ödenmiş olması⁹⁹ ve mirasçının Mal Müdürlüğüne ödeme yapmış olması¹⁰⁰ Yargıtay tarafından mirasın örtülü kabulü olarak değerlendirilmiştir.

⁹⁵ Serozan ve Engin, § 1 N. 122.

⁹⁶ Coquoz, 685; Gönensay ve Birsen, 236; Helvacı, 12-13; Başara, 5.

⁹⁷ Helvacı, 13; Ürem, 782.

⁹⁸ Aynı görüşte bkz. Rüzgaresen ve Erdem, 244.

⁹⁹ Y 14. HD, 22.10.2015, E. 2015/12078, K. 2015/9380: "Davacıların, rızaen mirasın ölümünden sonraki bir tarihte yeniden yapılandırma sonucu Sosyal Güvenlik Kurumuna olan prim borçlarını ödemek suretiyle mirası sahiplendikleri anlaşılmalı mirasçılarının ret hakkı düşmüştür" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

¹⁰⁰ Y 2. HD, 10.05.2011, E. 2011/5211, K. 2011/8037: "Davacı Saded 11.04.2006 tarihli oturumda mirasbırakanın ölümünden sonra mal müdürlüğüne 5000 TL ödemede bulunduğunu açıklamıştır. Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan ve mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden mirasçı, mirası reddedemez. (TMK md. 610/2) Ret hakkının yitirilmesine ilişkin bu hüküm hükmen ret durumunda da uygulanır. Açıkla-

Somut olaya gelince, ilgili kararda, mirasçılarının tereke borcunun bir kısmını kendi kişisel malvarlığından ödediği açıkça belirtilmiştir. Şu durumda mirasçılarının mirası örtülü olarak kabul ettiği ve bu mirasçılarının mirası ret hakkının düşüğünün kabulü gerekir. Esasen bu yönde Yargıtay kararları da mevcuttur. Örneğin bir Yargıtay kararında¹⁰¹, borcu ödeme taahhüdünde bulunan ve kısmen ödeme yapan mirasçının mirası bu haliyle kabul etmiş sayılacağı belirtilmiştir.

Tereke işlerine karışma yönünden İcra ve İflas Kanunu'nun 53. maddesine de değinilmelidir. Kanunun 53. maddesinin ikinci fıkrasında, "*İcra takibi sırasında borçlu öldüğünde tereke henüz taksim edilmemiş veya resmi tasfiyeye tabi tutulmamış yahut mirasçılar arasında aile şirketi tesis olunmamışsa borçlu hayatta olsaydı hangi usul tatbik olunacak idi ise terekeye karşı ona göre takip devam eder*" denmektedir. Buna göre, takip sırasında borçlunun ölmesi üzerine alacaklı, sanki borçlu hayattaymış, terekenin de tüzel kişiliği varmış gibi terekeye karşı takibi sürdürebilir¹⁰². Kanunun 53. maddesinin üçüncü fıkrasında ise "*Bu takibin mirasçıya karşı devam edebilmesi ancak rehinin paraya çevrilmesi veya haciz yollarıyla kabildir*" denmektedir. Buna göre, takip sırasında borçlunun ölmesi üzerine alacaklı, dilerse aynı takibi mirasçıya karşı da sürdürebilir ancak bu defa takibi iflas yoluyla sürdürebilmesi mümkün değildir¹⁰³. Bu noktada tereke işlerine karışma yönünden, mirasbırakanın ölümünden önce başlatılan bir icra takibinin mirasçılara karşı sürdürülmesi halinde takip konusu borcun mirasçılar tarafından ödenmesi ile mirasbırakanın ölümünden sonra doğrudan mirasçılar aleyhine icra takibi başlatılması halinde takip konusu borcun mirasçılar tarafından ödenmesi arasında bir fark bulunup bulunmadığı sorulabilir. Önemle belirtmek gerekir ki bazı Yargıtay kararlarında¹⁰⁴, terekeye sahip çıkıldığına ilişkin her türlü eylemin, hukuki işlemin ve mirasbırakanın borçlarını rızaen ödemenin terekenin benimsenmesi niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce tereke işlerine karışma yönünden icra takibinin ne zaman başladığı önemli değildir, önemli olan mirasçılarının terekeye ait bir borcu ödemiş olması, terekeyi sahiplenmesidir. Hatta mirasçının borcu ödeme taahhüdünde bulunması dahi yeterlidir¹⁰⁵. İnceleme konusu kararda yer alan karşı oy yazısında da yerleşik Yargıtay kararlarına göre mirasbırakanın borcunu ödemeyi taahhüdün veya kısmen ödemenin mirasın kabulü

nan nedenlerle bir mirasçı, kesin şekilde mirasa sahip çıkıp yukarıdaki tasarruflarda bulunduktan sonra hükmen ret talebinde bulunamaz. Davacı Sadet yönünden isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü usul ve yasaya aykırıdır" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

¹⁰¹ Y 2. HD, 19.12.1952, E. 1952/737, K. 1952/1703 (Helvacı, 134, dn. 339).

¹⁰² Bilge Umar, "İİK m. 53 f. II ve III'ün Ortaya Attığı Sorunlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1 (2010), 3.

¹⁰³ Umar, 3.

¹⁰⁴ Y 14. HD, 04.04.2017, E. 2016/6455, K. 2017/2682 (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net); Y 14. HD, 04.04.2017, E. 2016/16408, K. 2017/2673 (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net). Karşı görüş için bkz. Ürem, 801-802.

¹⁰⁵ Y 2. HD, 19.12.1952, E. 1952/737, K. 1952/1703 (Helvacı, 134, dn. 339).

anlamına geldiği, icra takibi olsun ya da olmasın tamamı muaccel olan borcun bir kısmının ödenmesinin borcun tamamının kabulü anlamına geldiği, bu borcun tereke ile ilgili olmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir.

İnceleme konusu kararda, özellikle mirasçılardan cüzi miktarda ödeme yaptığı vurgulanmış ve bunun terekeyi kabullenme olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Esasen kararın dayanağı tek somut vakia, mirasçılardan ödendiği miktarın cüzi bir miktar olmasıdır. Acaba gerçekten yapılan ödemenin miktarı tereke işlerine karışma yönünden yapılacak değerlendirme bakımından önemli midir?

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk Medeni Kanunu'na göre, mirasbırakanın ölümü üzerine yani mirasın açılmasıyla miras kendiliğinden mirasçılar tarafından kazanılır¹⁰⁶. Bunun anlamı hiçbir işleme veya kabul beyanına gerek olmaksızın mirasın kendiliğinden mirasçılara ait olmasıdır¹⁰⁷. Bunun dışında TMK md. 610 f. 2 hükmü uyarınca, tereke işlerine karışan mirasçının, mirası ret hakkı düşer. Tereke işlerine karışma yönünden önemli olan, mirasçının zaten mirasçymış gibi davranmasıdır¹⁰⁸. Kanaatimizce, en önemlisi de mirasçının terekenin pasifine sahip çıkmasıdır. Çünkü aktifin mirasçısı olmayı herkes ister. İşte bu sebeple tereke işlerine karışma yönünden yapılan ödemenin miktarının önemli olmadığını düşünüyoruz.

Mirasçılar, mirasbırakanın cüzi miktardaki borçlarını ödedikten sonra başka alacaklıların ortaya çıkması üzerine aslında terekenin borca batık olduğunu ve karşılarında aşamayacakları bir borç tepesinin bulunduğunu anlayabilirler. Peki, böyle bir durumda diğer alacaklılara terekenin borca batık olduğu ileri sürülebilir mi? Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt verilebilmesi mümkün değildir. Çünkü mirasçının tereke işlerine karışması halinde mirası ret hakkının düşmesi esasen çelişkili davranış yasağından ileri gelir. Davranışlarıyla mirasbırakanın alacaklıları nezdinde önce mirası kabul ettiği yönünde bir izlenim bırakan mirasçının sonradan mirası reddetmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, dürüstlük kuralına aykırıdır¹⁰⁹. Bu yüzden tereke işlerine karışma yönünden yapılan ödemenin miktarının bir önemi yoktur, önemli olan mirasbırakanın borcunun kısmen veya tamamen ödenmesi ya da ödeme taahhüdünde bulunulmasıdır başka bir deyişle mirasçının terekenin pasifine sahip çıkmasıdır. Karşı oy yazısında da yapılan ödemenin miktarının önemli olmadığı, miktarı ne olursa olsun mirasbırakanın borcunun kısmen ya da tamamen ödenmesinin veya ödeme taahhüdünde bulunulmasının tereke işlerine karışma niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bunun dışında doktrinde¹¹⁰ de mirasçının edindiği tereke malının değerinin düşük olmasının ret hakkının düşmesi bakımından önemli olmadığı ifade edilmiştir.

¹⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, 592; İmre ve Erman, 341; Öztan, 22; Eren ve Yücer Aktürk, 18-19.

¹⁰⁷ Serozan ve Engin, § 6 N. 1; İmre ve Erman 341.

¹⁰⁸ Rouiller et Gyax, Art. 571, N. 4; Göksu, Art. 571, N. 3.

¹⁰⁹ Rouiller et Gyax, Art. 571, N. 4; Eren ve Yücer Aktürk, 511.

¹¹⁰ Antalya, N. 1748.

G. SOMUT OLAYDA HÜKMİ REDDİN KOŞULLARININ GERÇEKLEŞİP GERÇEKLEŞMEDİĞİ

Örtülü kabul sebebiyle mirası ret hakkı düşen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş sayıldığından, bu mirasçıların hükmi ret karinesinden yararlanabilmesi de mümkün değildir. Bir an için somut olayda mirasın örtülü kabulünün bulunmadığını kabul edelim ve somut olayın koşullarını bir de hükmi ret yönünden inceleyelim.

Karara konu olayda, mirasbırakanın bankaya olan kredi borcu sebebiyle mirasçılar aleyhine icra takibi başlatılmış, takip üzerine mirasçılar tarafından 2.000,00 TL tutarında ödeme yapılmış, daha sonra mirasçılar tarafından mirasbırakanın terekesinin borca batık olduğunun tespiti ile mirasın hükmi reddine karar verilmesi talebiyle dava açılmıştır. İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da, mirasbırakanın öldüğü tarih itibarıyla terekenin borca batık olduğu ifade edilmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki hükmi retten bahsedebilmek için mirasbırakanın ölümü anında terekenin borca batık olması yeterli değildir; bu hususun ya açıkça belli olması ya da resmen tespit edilmiş olması gerekir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, mirasbırakan hakkında iflas kararı alınmış olabilir veya mirasbırakanın alacaklılarının elinde aciz belgesi bulunabilir ya da büyük bir borç nedeniyle mirasbırakanın malları haczedilmiş olabilir. Ölümü anında mirasbırakan konkordato sürecinde de olabilir. Bu gibi hallerde, mirasbırakanın ödemedi aczinin resmen tespit edilmiş olduğu kabul edilmektedir¹¹¹. Somut olaya gelince, ilgili kararda mirasbırakanın ödemedi aczinin resmen tespit edildiğine ilişkin bir veriye yer verilmemiştir. O halde üzerinde durulması gereken husus, ölümü tarihi itibarıyla mirasbırakanın ödemedi aczinin açıkça belli olup olmadığıdır. Mirasbırakanın ödemedi aczinin açıkça belli olması ifadesinden anlaşılması gereken, bu durumun herkes tarafından biliniyor olmasıdır¹¹². Yukarıda da ifade edildiği üzere, mirasbırakanın aczi, en azından mirasbırakanın yaşadığı çevre özellikle de mirasçıları ve alacaklıları tarafından bilinmelidir¹¹³. En önemlisi de bu durumun mirasçılar tarafından biliniyor olmasıdır¹¹⁴.

Somut olaya gelince olayın oluş biçimi, mirasbırakanın öldüğü tarihte terekenin borca batık olduğunun mirasçılar tarafından bilinmediğini, mirasçıların terekenin borca batık olduğunu sonradan anladığını düşündürmektedir. Çünkü banka tarafından başlatılan icra takibi üzerine mirasçılar tarafından önce ödeme yapılmış, sonra terekenin borca batık olduğunun tespiti ile mirasın hükmi reddine karar verilmesi talebiyle dava açılmıştır. Oysa mirasçılar, kendi kişisel mallarından bankaya ödeme yapmak yerine terekenin borca batık olduğundan bahisle bu

¹¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, 619; İmre ve Erman, 356; Helvacı, 196; Rüzgaresen ve Erdem, 240.

¹¹² Köprülü, 375; Kocayusufpaşaoğlu, 619; İmre ve Erman, 356; Helvacı, 195; Rüzgaresen ve Erdem, 240.

¹¹³ Helvacı, 195.

¹¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, 620.

borca itiraz edebilirlerdi. Yukarıda da ifade edildiği üzere, mirasçılar hükmi reddi mirasbırakanın alacaklıları tarafından kendilerine karşı açılan bir alacak davasında itiraz yoluyla ileri sürebilecekleri gibi kendileri aleyhine başlatılan bir icra takibinde de itiraz yoluyla ileri sürebilirler.

Bu noktada şöyle bir soru yöneltilebilir: Acaba mirasbırakanın borcu sebebiyle mirasçılar aleyhine başlatılan icra takibinde, mirasçılar tarafından borca itiraz edilmesi tereke işlerine karışma başka bir deyişle mirasın örtülü kabulü olarak değerlendirilebilir mi? Elbette bu durum, mirasçı yönünden haklı bir endişedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki tereke borcundan dolayı mirasçılar aleyhine başlatılan icra takibine itiraz edilmesi tereke işlerine karışma yani mirasın örtülü kabulü olarak değerlendirilemez ve mirasın ret hakkının düştüğünden bahsedilemez. Yargıtay içtihatlarının da bu yönde olduğu görülmektedir. Yargıtay'a göre¹¹⁵, tereke borcundan dolayı mirasçılar aleyhine başlatılan icra takibine itiraz edilmesi, terekenin korunması amacını güden basit ve zorunlu işlemlerden olup, terekenin benimsenmesi anlamına gelmez.

Tereke borcu sebebiyle mirasçılar aleyhine başlatılan icra takibine mirasçılar tarafından itiraz edilmesinin mirasın örtülü kabulü olarak değerlendirilemeyeceği de dikkate alındığında, somut olayda alacaklı banka tarafından mirasbırakanın borcu sebebiyle başlatılan icra takibine itiraz etmek yerine, bu borcu kendi kişisel mallarından ödeyen mirasçılar yönünden hükmi reddin koşullarının gerçekleştiğinden bahsedilemez. Terekenin borca batık olduğu mirasçılar tarafından biliniyor olsaydı mirasbırakanın borcu sebebiyle başlatılan icra takibi üzerine mirasçılar bu borcu kendi kişisel mallarından ödemek yerine takibe itiraz eder ve terekenin borca batık olduğunu ileri sürerlerdi.

¹¹⁵ Y 2. HD, 06.02.1975, 1975/8495, K. 1975/1131: "Mirasçının, mirasbırakan hakkındaki icra takibine itiraz etmiş olması terekeyi benimseme ve kabullenme (tesahup) anlamına gelmez. Mirasçı bu eylemi ile terekenin devamlılığını sağlamış olduğundan borca batıklığı ileri sürmek hakkını yitirmez. Çünkü: bu davranış terekenin korunması amacını güden basit ve tereke yönünden zorunlu işlemlerdir. Uygulama da bu doğrultudadır" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.kazanci.com).

Y 2. HD, 01.04.1974, E. 1973/2038, K. 1974/1987: "Mirasçılardan icra takibine yahut bir davaya karşı koymuş olmaları, kira toplama, bir işletmeyi terekenin yararına olmak üzere idare gibi eylemler terekeyi kabullenmek anlamına gelmez. Öyle ise terekenin korunması amacını güden bu çeşit basit ve fakat zorunlu işlemler borca batıklık iddiasının ileri sürülmesine engel değildir" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.kazanci.com).

Yargıtay'a göre, mirasın reddine ilişkin mahkeme kararının icra takibinin kesinleşmesinden önceki bir tarihte alınmış olması halinde, mirasın reddedilmiş olması sebebiyle borçtan sorumlu olunmadığına ilişkin iddia, borca itiraz niteliğinde olup, bu itirazın ödeme emrinin tebliği üzerine takibin şekline göre yasal süre içinde ilgili merciye yapılması gerekir. Buna karşılık, takibin kesinleşmesinden sonra mirasın reddine ilişkin mahkeme kararının alınmış olması halinde ise borçluların icra takibinin durdurulması ve haczin kaldırılması yönündeki talebinin borca itiraz olarak nitelendirilmesi yerinde değildir, bu durumda şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekir. Bkz. Y 12. HD, 28.12.2016, E. 2016/7861, K. 2016/26294: "... mirasın reddine ilişkin ilamın, takibin kesinleşmesinden sonra alındığı anlaşılınca, borçluların talebinin borca itiraz olarak nitelendirilmesi yerinde olmayıp, mahkemeye şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir" (Erişim Tarihi: Kasım, 10, 2023, www.uyap.gov.tr).

Oluş biçiminden somut olayda, hükmi reddin koşullarından olan terekenin borca batık olması hususunun açıkça belli olması ya da resmen tespit edilmiş olması koşulunun gerçekleşmediği anlaşılmaktadır. İnceleme konusu kararda yer alan karşı oy yazısında da mirasbırakanın borçlarının bir kısmını ödeyen mirasçının, mirasbırakanın başka borçlarının da bulunduğu anlaşılmaması üzerine sonradan terekenin borca batık olduğunu ve bu sebeple mirası reddetmiş sayılması gerektiğini ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Şu durumda, bir an için somut olayda mirasçılardan mirası örtülü olarak kabul etmediği ve bu mirasçılardan mirası ret hakkının düşmediği kabul edilse bile bu defa da somut olayda hükmi reddin koşullarının gerçekleşmediği görülmektedir.

SONUÇ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.12.2013 tarihli ve E. 2013/2-1607 K. 2013/1675 sayılı kararında; Türk Medeni Kanunu'nun 610. maddesinin 2. fıkrasında, ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine mal eden mirasçının mirası reddedemeyeceğinin hükme bağlandığı, mirasçılardan birinin tereke işlerine gereğinden fazla karışmasının mirasın örtülü kabulü anlamına geleceği ve mirası ret hakkının bu mirasçı bakımından sona ereceğinin düzenlendiği, mirasçının eyleminin tereke işlerine karışma olarak değerlendirilebilmesi için onun bu eylemde bulunurken hangi amaçla hareket ettiğinin belirlenmesi gerektiği, mirasçının amacının mirasçı sıfatıyla tereke üzerinde tasarrufta bulunmak olmaması halinde mirasçının eylemlerinin tereke işlerine karışma olarak nitelendirilmeyeceği ve mirasçının miras ret hakkının düşmeyeceği, doktrinde ileri sürülen güven teorisi uyarınca bir irade beyanının ya da iradi bir davranışın ne anlama geldiğini tespit edebilmek için beyanda veya sözü edilen davranışta bulunanın iç iradesine değil, beyana ya da anılan davranışa muhatap olan karşı tarafın, dürüstlük kuralına göre, buna ne anlam vereceğine bakılması gerektiği, somut olaya gelince davacı mirasçılar tarafından ödendiği ileri sürülen borcun cüzi bir miktar olduğu, mirasçılardan kendi malvarlığından bu borcu ödemiş olmasının olağan işlemlerden olduğu, mirasbırakanın öldüğü tarih itibarıyla borca batık olduğu anlaşılan terekenin, cüzi kısım borçlarının davacı mirasçılar tarafından ödenmesinin terekeyi kabullenme olarak değerlendirilemeyeceği, davacıların beyanlarının aleyhte yorumlanmaması gerektiği ve bu konuda bir araştırma yapılmasına da gerek olmadığı sonucuna varıldığı ifade edilmiştir.

Her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.12.2013 tarihli ve E. 2013/2-1607 K. 2013/1675 sayılı kararında güven ilkesinden bahsedilmiş olsa da aslında mirasçılardan bu davranışının mirasbırakanın alacaklıları nezdinde mi-

rası kabul ettiği yönünde haklı bir izlenim uyandırabileceği hususu üzerinde hiç durulmamıştır. Aksine kararda güven ilkesi ihmal edilerek mirasçının iradesini esas alan sübjektif görüş doğrultusunda hüküm kurulduğu görülmektedir. Oysa mirasçının tereke işlerine karışması halinde mirası ret hakkının düşmesi çelişkili davranış yasağından ileri gelmektedir. Gerçekten de davranışlarıyla mirasbırakanın alacaklıları nezdinde önce mirası kabul ettiği yönünde bir izlenim bırakan mirasçının sonradan mirası reddetmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, dürüstlük kuralına aykırıdır¹¹⁶.

Kararda, özellikle mirasçılardan cüzi miktarda ödeme yaptığı vurgulanmış ve bunun terekeyi kabullenme olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Oysa tereke işlerine karışma yönünden yapılan ödemenin miktarı önemli değildir, önemli olan mirasbırakanın borcunun kısmen veya tamamen ödenmesi ya da ödeme taahhüdünde bulunulmasıdır. Bunun dışında terekeye sahip çıkıldığına ilişkin her türlü eylem, hukuki işlem ve mirasbırakanın borçlarını rızaen ödeme terekenin benimsenmesi niteliğindedir¹¹⁷. Buradan hareketle, mirasçılardan mirası örtülü olarak kabul ettiği ve bu mirasçılardan mirası ret hakkının düştüğü sonucuna ulaşılmaktadır. Örtülü kabul sebebiyle mirası ret hakkı düşen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş sayıldığından, bu mirasçılardan hükmi ret karinesinden yararlanabilmesi de mümkün değildir.

Hükmi retten bahsedebilmek için mirasbırakanın ölümü anında terekenin borca batık olması yeterli değildir; bu hususun ya açıkça belli olması ya da resmen tespit edilmiş olması gerekir. Somut olayda banka tarafından başlatılan icra takibi üzerine mirasçılar tarafından önce ödeme yapılmış, sonra terekenin borca batık olduğunun tespiti ile mirasın hükmi reddine karar verilmesi talebiyle dava açılmıştır. Olayın oluş biçimi dikkate alındığında, mirasbırakanın öldüğü tarihte terekenin borca batık olduğunun mirasçılar tarafından bilinmediği, mirasçılardan terekenin borca batık olduğunu sonradan fark ettiği anlaşılmaktadır. Somut olayda hükmi reddin koşullarından olan terekenin borca batık olması hususunun açıkça belli olması ya da resmen tespit edilmiş olması koşulunun gerçekleşmediği görülmektedir. Alacaklı banka tarafından mirasbırakanın borcu sebebiyle başlatılan icra takibine itiraz etmek yerine, bu borcu ödeyen mirasçılar yönünden hükmi reddin koşullarının da gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Tereke borcunun bir kısmını ödedikten sonra başka alacaklıların ortaya çıkması sebebiyle hükmi reddin ileri sürülmesi ise ne kurumun özyle ne de dürüstlük kurallarıyla bağdaşır.

¹¹⁶ Rouiller et Gyax, Art. 571, N. 4; Eren ve Yücer Aktürk, 511.

¹¹⁷ Y 14. HD, 04.04.2017, E. 2016/6455, K. 2017/2682 (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net); Y 14. HD, 04.04.2017, E. 2016/16408, K. 2017/2673 (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net). Karşı görüş için bkz. Ürem, 801-802.

Kanaatimizce somut olayda, bir kısım tereke borcunu ödeyerek mirasçılar mirası örtülü olarak kabul etmiş ve bu mirasçıların mirası ret hakkı düşmüştür. Örtülü kabul sebebiyle mirası ret hakkı düşen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş sayıldığından, bu mirasçılar artık hükmi ret karinesinden yararlanabilmesi de mümkün değildir. Bir an için bu mirasçılar yönünden mirası ret hakkının düşmediği kabul edilse bile bu defa da somut olayda hükmi reddin koşulları gerçekleşmemiştir. Şu durumda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.12.2013 tarihli ve E. 2013/2-1607 K. 2013/1675 sayılı kararına katılabilmemiz mümkün değildir.

İnceleme konusu kararda yer alan karşı oy yazısında ise yerleşik Yargıtay kararlarına göre mirasbırakanın borcunu ödemeyi taahhüdün veya kısmen ödemenin mirasın kabulü anlamına geldiği, icra takibi olsun ya da olmasın tamamı muaccel olan borcun bir kısmının ödenmesinin borcun tamamının kabulü anlamına geldiği, bu borcun tereke ile ilgili olmasının yeterli olduğu, mirasbırakanın borçlarının bir kısmını ödeyen mirasçının, mirasbırakanın başka borçlarının da bulunduğu anlaşılması üzerine sonradan terekenin borca batık olduğunu ve bu sebeple mirası reddetmiş sayılması gerektiğini ileri süremeyeceği, böyle bir durumda mirasçının hükmi ret karinesinden yararlanmasının genel hukuk ilkeleleriyle bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Bunun dışında karşı oyda, yapılan ödemenin miktarının önemli olmadığı, miktarı ne olursa olsun mirasbırakanın borcunun kısmen ya da tamamen ödenmesinin veya ödeme taahhüdünde bulunulmasının tereke işlerine karışma niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının aksine karşı oyda objektif olarak mirasçının davranışı üzerinde durulmuş ve yapılan değerlendirmede güven ilkesi de dikkate alınmıştır. Bu yönüyle karşı oy ile görüşümüz uyuşmaktadır.

Son olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.11.2022 tarihli ve E. 2021/241 K. 2022/1515 sayılı kararı¹¹⁸ ile Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 11.05.2023

¹¹⁸ YHGK, 15.11.2022, E. 2021/241, K. 2022/1515: "Nitekim aynı hususlar Hukuk Genel Kurulunun 20.12.2013 tarihli ve 2013/2-1607 E., 2013/1675 K. sayılı kararında da benimsenmiştir. ...Terekenin borca batık olup olmadığı hususunun "terekenin açıldığı anda murise ait olan mallar, alacaklar ve borçlar dikkate alınarak" belirlenmesi gerektiği gözetildiğinde; muris ...'in ölümünden sonra davacılara borç ile ilgili herhangi bir ihbarın yapılmadığı, 814.210,09 TL borca karşılık, muris Hüseyin'in ölüm tarihi itibarı ile 17.752,84 TL değerinde olduğu tespit edilen 6320 ada 14 parsel sayılı taşınmazda kök muris babası Mithat'ın 1/2 payından intikali gereken 3/8 payın değerinin 3.328,65 TL olduğu ve miras bırakanın başkaca mal varlığının bulunmadığı gözetildiğinde muris ...'in terekesinin borca batık olduğu tartışmasızdır. Diğer taraftan, davacıların fahiş bir tereke borcuna karşılık borç bilinmeden terekeden çok cüzi değer elde ettikleri; farklı bir ifadeyle, çok düşük değerli taşınmazdaki 1/2 payda 3/8 oranında miras payı olduğundan murisin 3/16 payına isabet eden miktardan davacıların miras paylarına düşen değer tereke borcu yanında oldukça cüzi kaldığı, dolayısıyla somut olayda; davacıların mirasbırakanın öldüğü tarih itibarıyla borca batık olduğu anlaşılan terekesinden oldukça cüzi değerde yarar elde etmiş olmalarının aleyhte yorumlanmaması gerektiği, icra takibi ve yüklü borç miktarından haberdar olmaksızın ve murisin düşük değerli taşınmazdaki cüzi payından pek mühim bir değeri ifade etmeyen kazanımın TMK'nın 610/2. maddesi uyarınca mirasçılar tarafından borca batık terekenin benimsendiği anlamına gelmeyeceği, aksi hâlin dürüstlük ve iyi niyet kurallarına da aykırılık oluşturacağı sonucuna varılmakla verilen direnme kararı yerindedir" (Erişim Tarihi: Eylül 26,

tarhli ve E. 2022/1460 K. 2023/2505 sayılı kararında¹¹⁹ bu çalışmaya konu karara atf yapıldığı görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.11.2022 tarihli ve E. 20201/241 K. 2022/1515 sayılı kararında, tereke borcunu bilmeden davacıların fahiş bir tereke borcuna karşılık terekeden çok cüzi bir değer elde ettikleri, davacıların miras payına düşen değer tereke borcu yanında oldukça cüzi kaldığı belirtilmiş ve yüklü tereke borcundan haberdar olmaksızın mirasbırakanın düşük değerli taşınmazından pek de önemli olmayan bir kazanım elde edilmesinin mirasçılar yönünden terekenin benimsendiği anlamına gelmeyeceği ileri sürülmüştür. Bu değerlendirme de teknik yönden hatalıdır. Çünkü hükmi retten bahsedebilmek için mirasbırakanın ölümü anında terekenin borca batık olması yeterli değildir; bu hususun ya açıkça belli olması ya da resmen tespit edilmiş olması gerekir. Oysa kararda, mirasçılar terekenin borca batık olduğunu bilmediği açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca kararda, mirasbırakana ait taşınmazdan mirasçılar bir kazanım elde ettiği de belirtilmiştir. Ancak Sayın Mahkeme tarafından borcun ve kazanımın miktarı karşılaştırılmış ve mirasçılar elde ettiği kazanımın tereke işlerine karışma olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir. Buna karşılık, başka kararlarda terekedeki taşınmazların önce mirasçılar adına tescil edilmiş olması daha sonra bunların üçüncü bir kişiye¹²⁰ veya mirasçılardan birine¹²¹ devredilmiş olması Yargıtay tarafından mirasın örtülü kabulü olarak değerlendirilmiştir.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 11.05.2023 tarihli ve E. 2022/1460 K. 2023/2505 sayılı kararında da bu çalışmada incelenen karara atf yapılarak, davacı mirasçılar tarafından ödenen borç miktarının cüzi bir miktar olduğu, bunun olağan işlemlerden olduğu, bu ödemenin terekeyi kabullenme olarak değerlendirildi-

2023, www.legalbank.net).

¹¹⁹ Y 7. HD, 11.05.2023, E. 2022/1460, K. 2023/2505: "... davacı mirasçılar tarafından ödendiği ileri sürülen borç miktarı tereke pasifine göre cüzi bir miktar olup, mirasçılar kendi malvarlığından ödemiş olmalarına göre ödeme işleminin olağan işlemlerden olduğu, cüzi kısım borçlarının davacılar tarafından ödenmesinin terekeyi kabullenme olarak değerlendirilemeyeceği gözetenmeden bu hususların davanın reddi gerekçesi olarak görülmesi doğru olmadığı gibi ödeme cüzi bir miktar olmasa dahi ödemeyi yapan mirasçılar tespit edilmeksizin tüm davacılar yönünden terekenin benimsendiği kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru değildir. Kararın anılan gerekçelerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

¹²⁰ Y 14. HD, 04.04.2016, E. 2015/12439, K. 2016/3994: "Muris... oğlu... 7.10.2008 tarihinde vefat etmiş geriye murisin eşi, oğlu... ve davacı... kalmıştır. Davacı mirasçı... ve dava dışı diğer mirasçılar 20.10.2008 tarihli ve 2008/300 Esas, 298 Sayılı mirasçılık belgesine göre 5.8.2009 tarihli ve 3038 Sayılı resmi senette belirtilen ve murisleri... oğlu... adına kayıtlı taşınmazlardaki payları tapuda kendi adlarına intikal ettirdikleri ve aynı resmi senetle dava dışı ...'a satmış oldukları anlaşılmıştır. Bu işlem TMK'nın 610/2 maddesine göre terekeyi sahiplenme anlamına gelen davranış olmakla davacının hükmen ret hakkı düşmüştür" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

¹²¹ Y 2. HD, 28.09.2007, E. 2007/11460, K. 2007/12835: "Mirasbırakan 27.02.2005 tarihinde vefat etmiş, davacılar mirasbırakanın eşine ait 9 parsel sayılı taşınmazı 3.3.2005 tarihinde tapuda kendi adlarına intikal ettirmiştir ve aynı gün mirasçılardan Hürü'ye paylarını aktarmışlardır. Bu işlem, terekeye sahiplenme ve kendine maletmedir. Davacıların red hakkı düşmüştür" (Erişim Tarihi: Eylül 26, 2023, www.legalbank.net).

rilemeyeceği belirtilmiştir. Ne var ki davranışlarıyla mirasbırakanın alacaklıları nezdinde önce mirası kabul ettiği yönünde bir izlenim bırakan mirasçının sonradan mirası reddetmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, dürüstlük kuralına aykırıdır. Şu durumda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.12.2013 tarihli ve E. 2013/2-1607 K. 2013/1675 sayılı kararına atıf yapılan diğer Yargıtay kararlarına da katılabilmemiz mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet. “Hükmi Reddin Tespiti Davası”. *Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağani, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 2 (2019): 520-540.
- Akkanat, Halil. *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Ansary, Sabri Şakir. “Terekenin Tasfiyesi”. *Adliye Ceridesi*, C. 31, S. 8 (1940): 747-771.
- Antalya, Osman Gökhan. *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Başara, İzzet. *Mirasın Reddi*. Ankara: Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Berki, Ali Himmet. *Miras ve Tatbikat*. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1968.
- Bilgen, Samim. “Borca Müstağrak Tereke (Medeni Kanunumuzdaki Bir Tercüme Zaafı Üzerine)”. *Ankara Barosu Dergisi*, S. 6 (1953): 497-499.
- Birinci Uzun, Tuba. *Mirasın Resmi Tasfiyesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Bolak, Ahmet Ertuğrul. *Uygulamada Miras ve Tereke Hukuku*. İstanbul: Eğitim Yayınları, 1980.
- Capitaine, Georges. *La Liquidation Officielle d'une succession en droit suisse (Art. 593 à 597 CCS.)*. Genève: 1935.”
- Coquoz, R. “Mirasın Reddinin Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri” (Çev. Jale Güral). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1 (1951): 685-695.
- Cömert Akbay, Büşra. “Mirasın İradi Reddi (Mirasın Gerçek Reddi)”. *Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağani, Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2022): 873-926.
- Dural, Mustafa ve Öz, Turgut. *Türk Özel Hukuku, Cilt: IV: Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Eren, Fikret ve Yücer Aktürk, İpek. *Türk Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Göksu, Tarkan. *Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, in: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo (Hrsg.), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Gönensay, Samim ve Birsen, Kemaleddin. *Miras Hukuku*. İstanbul: Ahmed Said Matbaası, 1963.
- Helvacı, İlhan. *Mirasın Reddi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Horozoğlu, Orçun. *Mirasın Hükmen Reddi ve Sonuçları*. İstanbul: Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- İmre, Zahit ve ERMAN, Hasan. *Miras Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987.
- Köprülü, Bülent. *Miras Hukuku Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1985.
- Müller, Franz und Stamm, Johannes. *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (Hrsg.), *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2021.

- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.
- Öztan, Bilge. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Petek, Hasan. “Mirasın Hükmen Reddi”. *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Özel Sayı (2013): 2191-2235.
- Piotet, Paul. *Schweizerisches Privatrecht, Band IV: Erbrecht*. Basel/Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1981.
- Rouiller, Nicolas et Gygax, Evelyne. *Commentaire du droit des successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR)*, in: Antoine Eigenmann, Nicolas Rouiller (Editeurs), SHK - Stämpflis Handkommentar. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Rüzgaresen, Cumhur ve Erdem, Murat. “Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Tasfiye Sebepleri”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 1-2 (2011): 231-254.
- Rüzgaresen, Cumhur. “Mirasbırakanın Borca Batık Olması”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1-2 (2010): 271-311.
- Serozan, Rona ve Engin, Baki İlkyay. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Tanju, Fahrettin. *Miras Hukukunda Tereke ve Tatbikat (İçtihatlı ve Notlu)*. Adana: Gürpınar Basımevi, 1957.
- Umar, Bilge. “Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlışlık”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 1 (2004): 317-324.
- Umar, Bilge. “İİK m. 53 f. II ve III’ün Ortaya Attığı Sorunlar”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1 (2010): 3-14.
- Ürem, Müge: “Mirası Ret Hakkının Düşmesine Sebep Olan Haller”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 175-176 (2019): 779-815.

METAVERSE VE METAVERSE’TE SÖZLEŞMELERİN KURULMASI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Şerafettin EKİCİ^(**)

Öz

İnsanların sadece bakmak yerine içinde bulunduğu internet alemi olarak tarif edilen metaverse, web 3.0’ın sunduğu yeni ve son nesil internet sürümü olarak karşımıza çıkmakta ve genellikle *bilgisayar tarafından zaman ve mekânsal gerçekliğin dışında oluşturulmuş, üç boyutlu sanal (dijital) evren* olarak tanımlanmaktadır. İlk defa Neal Stephenson tarafından 1992 yılında yazılan “Snow Crash” adlı bilim-kurgu romanıyla literatürde yerini alan Metaverse kavramı, bilim ve teknolojiye yaşanan ve bilişim çağını ortaya çıkaran gelişmelerin bir devamı olarak değerlendirilmektedir. Günümüzde henüz tek bir Metaverse yoktur; bunun yerine birbirinden bağımsız ve birbiri ile uyumlaştırılmamış durumdaki dApp’ler yani sanal dünya uygulamaları bulunmaktadır. Ancak hem Metaverse’e yatırım yapan büyük şirketlerin, hem Metaverse tasarımcılarının, hem de bu konuda çalışma yapan araştırmacıların nihai hedef ve vizyonu; birbiri ile eş güdüm içerisinde ve birlikte çalışan dApp’lerden oluşan, kullanıcıların istedikleri ortamda rahatça gezinebildikleri, tek bir sanal para biriminin kullanıldığı yahut farklı dApp’lere ait sanal para birimlerinin birbiri ile karşılıklı değiştirilebildiği, insanların iletişim, sosyalleşme, yatırım, iş kurma, alışveriş, rehberlik ve turizm gibi faaliyetleri yerine getirebildiği tek bir Metaverse oluşturmaktır. Bu kapsamda birçok büyük şirket Metaverse ortamına yatırım yapmış ve bazıları şimdiden Metaverse mağazalarını açmıştır. Metaverse ile birlikte birçok geleneksel iş dalı sona erecek, buna karşılık birçok yeni iş dalı, meslek ve uzmanlık alanı ortaya çıkacaktır. Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesi ve bu ilkenin tüm sınırları aksi yönde herhangi bir yasal düzenleme olmadığı müddetçe Metaverse’te yapılan sözleşmeler için de geçerli kabul edilmelidir. TBK’nın 4/2. Maddesi uyarınca, Metaverse’te gerçekleştirilen doğrudan iletişim esnasında yapılan sözleşmeler, hazırlar arasında yapılmış bir sözleşme sayılmalı ve hazırlar arasındaki sözleşmelere dair hükümler uygulama alanı bulmalıdır. Metaverse’te fiziken gerçek kişiler yerine avaturları bulunmaktadır. Avaturlar bizzat bunların sahipleri ya da kullanıcıları tarafından yönetilmekte ve yönlendirilmektedir. Avaturların ayrı bir kişiliği, hak ehliyeti, iradesi, fiil ehliyeti yoktur. Bu nedenlerle, avaturlar tarafından beyan edilen iradeler avaturların sahibi ya da kullanıcılarına ait kabul edilmeli, hukuki ve cezai hak ve sorumluluklar da bu kişiye yüklenmelidir. Bu makalede, Metaverse hakkında yurt içi ve yurt dışında yazılmış olan kitap, makale ve raporlar üzerinde inceleme yapılmış, Metaverse’ün tanımı, özellikleri, tarihi gelişimi ve iktisadi hayata beklenen katkıları ortaya konulmuş, ayrıca yürürlükteki Türk hukuku kapsamında Metaverse’te sözleşmelerin kurulması, Metaverse’te kurulan sözleşmelerin Türk hukukunda yer alan geçersizlik halleri, irade beyanlarının sıhhati ve genel işlem koşulları açısından incelemesi yapılarak, bu konuların Metaverse’te nasıl şekil bulacağı ve nasıl yorumlanması gerektiği ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Metaverse, Avatar, Sözleşme Serbestisi, Sözleşmenin Kurulması, Web 3.0.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 26.09.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 25.10.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1366655.

^(**) İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul, Türkiye.

E-posta: Serafettin.ekici@medeniyet.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9940-9997>.



“This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)”

THE METAVERSE AND THE CONCLUSION OF CONTRACTS IN THE METAVERSE

Abstract

Metaverse, which is defined as the internet realm that people are in instead of just looking at, is the new and last generation internet version offered by web 3.0 and is generally defined as a three-dimensional virtual (digital) universe created by a computer outside of time and spatial reality. The concept of Metaverse, which first appeared in the literature with the science-fiction novel "Snow Crash" written by Neal Stephenson in 1992, is considered as a continuation of the developments in science and technology that brought about the information age. Today, there is not yet a single Metaverse; instead, there are dApps, virtual world applications that are independent and not harmonized with each other. However, the ultimate goal and vision of both the big companies investing in the Metaverse, Metaverse designers and researchers working on this subject is to create a single Metaverse consisting of dApps that work in coordination and cooperation with each other, where users can easily navigate in any environment they want, where a single virtual currency is used or virtual currencies belonging to different dApps can be exchanged with each other, and where people can perform activities such as communication, socialization, investment, business establishment, shopping, guidance and tourism. Many large companies have invested in the Metaverse and some have already opened Metaverse stores. With the Metaverse, many traditional businesses will cease to exist, while many new businesses, professions and specialties will emerge. The principle of freedom of contract under the Turkish Code of Obligations (TCO) and all the limits of this principle should be accepted as valid for the contracts made in the Metaverse, unless there is any legal regulation to the contrary. Pursuant to Article 4/2 of the TCO, the agreements made during the direct communication in the Metaverse should be deemed as a contract between the preparers and the provisions regarding the contracts between the preparers should be applied. In the Metaverse, instead of physical persons, there are avatars. Avatars are managed and directed by their owners or users. The avatar does not have a separate personality, capacity of rights, will, or capacity to act. For these reasons, the wills declared by avatars should be considered as belonging to the owner or user of the avatar, and the civil and criminal rights and responsibilities should be attributed to this person. In this article, books, articles and reports written in Turkey and abroad on Metaverse have been analyzed, the definition, characteristics, historical development and expected contributions of Metaverse to economic life have been put forward, as well as the establishment of contracts in Metaverse within the scope of the current Turkish law, the invalidity of the contracts established in Metaverse in Turkish law, the health of the declarations of will and general transaction conditions, and how these issues will take shape in Metaverse and how they should be interpreted.

Keywords

Metaverse, Avatar, Freedom of Contract, Contract Formation, Web 3.0.

Extended Abstract

The metaverse, which is defined as the internet realm that people are in instead of just looking at, is the new and last generation internet version offered by web 3.0. Although there is no unanimity on the definition of the Metaverse in the teaching and business world investing in this subject, the Metaverse is generally defined as a three-dimensional virtual (digital) universe created by a computer outside of time and spatial reality.

The Metaverse first appeared in the literature with the science fiction novel "Snow Crash" written by Neal Stephenson in 1992. After Snow Crash, there have been many technological developments around the concept of Metaverse. Platforms and software such as Active Worlds, Second Life, Roblox, Fortnite, NeosWR, Decentraland, Microsoft Mesh are the first examples of the Metaverse.

Although it entered the literature with Snow Crash, the Metaverse is the last link in a long process of technological development that started long before this novel, especially with the spread of computers and the internet.

Some of the features of the Metaverse that will enable it to play an important role in our lives in the future include; i) persistence, ii) synchronized and lively, iii) individual sense of presence for each user, iv) a fully functioning economy, v) encompassing the real and digital world together, vi) unprecedented interoperability with the abandonment of the silo mentality, vii) established and operated by a wide range of contributors from a wide range of perspectives and fields.

The Metaverse will be co-created not only by large internet companies, but also by emerging companies, individuals and entrepreneurs who are focused on the virtual and online environment and who contribute to the development of the Metaverse through the content and tools they publish, aiming to offer profit and new possibilities.

It is argued that the Metaverse has seven layers; i) infrastructure, ii) human interface, iii) decentralization, iv) spatial (geometric) information processing, v) creative/productive economy, vi) discovery, vii) experience.

The digital economy is also present in the Metaverse. However, almost all commentators agree that the Metaverse will go beyond the digital economy and create its own internal economic cycle, and accordingly, a “Metaverse economy” will be formed. According to recent reports, the Metaverse economy is projected to reach 8 to 13 trillion dollars by 2030, and in Turkey, it is expected to contribute 37.5 billion dollars to the Turkish economy by 2035.

It is predicted that the digital transformation in economic life will evolve towards commodity transformation in the next stage, and that companies that make sufficient use of the opportunities offered by the Metaverse and make the necessary investments will be successful in the future, while the rest will be considered unsuccessful. All these expectations lead many companies, especially large-scale companies such as Google, Apple and Facebook (Meta), to make significant investments in this field. As a matter of fact, many companies such as Nike, Hyundai, Gucci, Warner Bros Pictures, Netflix, Disney have opened branches in the Metaverse.

Today, there is not yet a single Metaverse; instead, there are dApps, virtual world applications that are independent and not harmonized with each other. However, the ultimate goal and vision of both the big companies investing in the Metaverse and Metaverse designers and researchers working on this subject is to create a single Metaverse consisting of dApps that work in coordination and cooperation with each other, where users can easily navigate in any environment they want, where a single virtual currency is used or virtual currencies belonging to different dApps can be exchanged with each other, and where people can perform activities such as communication, socialization, investment, business establishment, shopping, guidance and tourism. Many large companies have invested in the Metaverse and some have already opened Metaverse stores.

With the Metaverse, many traditional businesses will cease to exist, while many new businesses, professions and specialties will emerge. As the business world experiences meta transformation, it is predicted that there will be a need for entrepreneurs who will finance this transformation, as well as for employees who will code this transformation, graph it and carry it to the meta world, account for it, follow and develop new technologies that the company will need in the transformation, and managers with the capacity and characteristics to manage all these processes.

The principle of freedom of contract under the Turkish Code of Obligations (TCO) and all the limits of this principle should be considered valid for the contracts made in the Metaverse, unless there is any legal regulation to the contrary. Concepts such as the constituent elements of contracts, conditions of validity, and validity of will are also valid for the Metaverse, but these concepts should be interpreted by taking into account the nature of the Metaverse.

Pursuant to Article 4/2 of the TCO, agreements made during direct communication in the Metaverse should be considered as an agreement between the parties and the provisions on agreements between parties should be applicable.

In the Metaverse, instead of physical persons, there are avatars. Avatars are managed and directed by their owners or users. The avatar does not have a separate personality, capacity of rights, will, and capacity to act. For these reasons, the wills declared by avatars should be considered as belonging to the owner or user of the avatar, and civil and criminal rights and responsibilities should be attributed to this person.

In this article, books, articles and reports written in Türkiye and abroad on Metaverse have been analyzed, the definition, characteristics, historical development and expected contributions of Metaverse to economic life have been put forward, as well as the establishment of contracts in Metaverse within the scope of the current Turkish law, the invalidity of the contracts established in Metaverse in Turkish law, the health of the declarations of will and the general terms of transaction have been analyzed in terms of Turkish law, and how these issues will take shape in Metaverse and how they should be interpreted.

GİRİŞ

Binlerce yıl sürmüş olan tarım devriminden sonra, günümüzden yaklaşık üçyüz yıl öncesine tarihlenen insanlık tarihinin ikinci büyük devrimi olarak sanayi devrimi¹ ortaya çıkmış ve bilim ve teknolojiye birbiri arkasına devasa gelişmeler yaşanmaya başlanmıştır. Sanayi toplumundan bilişim toplumuna doğru evrilirken yaşanan, buharlı makinelerden elektrige, telefon, bilgisayar ve internete kadar ulaşan teknolojik gelişmelerin son halkalarından bir olarak ise Metaverse karşımıza çıkmıştır.

Bir taraftan bilim ve teknolojinin gelişme hızı her geçen gün daha da artarken, diğer taraftan bu gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni ürünler hayatımıza hızla girmekte ve uyum sağlamaktadır. Bu makalenin yazıldığı 2023 yılından yaklaşık yirmi yıl önce hayatımızda hiç olmayan sosyal medya ve anlık haberleşme programlarının birçoğu, bugün artık günlük hayatımızın olmazsa olmazları haline gelmiş durumdadır.

Benzer bir uyum hızının Metaverse açısından da söz konusu olacağı ve önümüzdeki yıllarda hızla Metaverse'ün hayatımızın vazgeçilmezleri arasına dahil olacağı öngörülmektedir. Ülkemizde ilk internet yayınının yapıldığı 12 Nisan 1993 tarihinden bugüne kadar geçen otuz yılda internetin hem günlük hayatımıza hem kamu kurumlarına ve hem de ticaret hayatına ne kadar hızlı şekilde dahil olduğu göz önüne alındığında, bazı teknik ve yasal sorunların aşılmasından sonra internetin son sürümü olan Metaverse'ün de hayatımıza ne kadar hızlı şekilde dahil olacağını tahmin etmek zor değildir.

İnternetin günlük hayatımıza sunduğu en önemli nimetlerden biri olan elektronik ticaret, Covid-19 pandemisi ile birlikte çok daha hızlı bir şekilde yaygınlaşmış ve adeta elektronik ticaretin önündeki psikolojik duvar yıkılmıştır. İnternetin evrimiyle paralel olarak elektronik ticaretin de evrileceği, bir sonraki elektronik ticaret versiyonu olarak “meta-ticaret” kavramının ön plana çıkacağı ve meta-ticaretin hızla yaygınlaşacağı öngörülmektedir. Bu dönüşüm esnasında yasal zeminin oluşturulması büyük önem taşımaktadır. Bu yasal zemini oluşturmak için ise tıpkı elektronik ticaret gibi meta ticaretin de en önemli ve ilk hukukî kavramı olarak karşımıza çıkan sözleşme kavramını metaverse penceresinden inceleyerek başlamak gerektiği kanısındayız.

I. METAVERSE KAVRAMI

Bu çalışmamızın amacı Metaverse'te sözleşmelerin kurulması olduğu için, öncelikle Metaverse kavramının tanım ve özellikleri ile iktisadî hayatta ortaya çıkaracağı etkilerin ortaya konulması yararlı olacaktır.

¹ Sanayi devrimi, insan ve hayvan gücüne dayalı üretim tarzından, makine gücünün ve seri üretim yapan fabrikaların hakim olduğu üretim tarzı olarak öncelikle 18. Yüzyılda İngiltere'de dokuma sektöründe başlamış, sonrasında diğer sektörlerle ve diğer ülkelere yayılmıştır. A. Mesut Küçük-kalay, “Endüstri Devrimi ve Ekonomik Sonuçlarının Analizi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 2. (1997): 51-68.

A. METAVERSE'ÜN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

Metaverse kavramı, Yunanca asıllı “meta” (sonra, öte) kelimesi ile İngilizce “universe” (evren) kelimelerinin birleşimi ile oluşmuş ve kelime anlamı “evren ötesi” anlamına gelen bir kavramdır².

İçinde yaşadığımız evrenin ötesinde oluşturulmuş sanal bir evreni ifade etmekte olan Metaverse'ün³ genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Genellikle Metaverse ile ilgilenen ve yatırım yapan büyük şirketlerin sahip ya da yöneticileri, kendi şirket pozisyonları yahut gelecek vizyonları kapsamında tanımlar yapmaktadır⁴. Bunların yanında çeşitli araştırmacılar tarafından kendi çalışmalar alanları kapsamında yapılmış birçok tanım bulunmektedir⁵. Bu tanımların birçoğunda Metaverse'ün; “bilgisayar tarafından zaman ve mekânsal gerçekliğin dışında oluşturulmuş, üç boyutlu sanal (dijital) evren” olarak tarif edildiği görülmektedir⁶. Kanımızca, bu tanımlar arasında Ball tarafından yapılmış olan tanım⁷, Metaverse'ün teknik, ekonomik ve sosyal özelliklerini en doğru ve kapsayıcı şekilde yansıtmaktadır. Ball'a göre Metaverse'ü; “Sınırsız sayıda kullanıcı tarafından eş zamanlı ve sürekli olarak deneyimlenebilen, kimlik, geçmiş, yetkiler, nesnelere, iletişim ve ödemeler gibi verilerin sürekliliğine sahip, gerçek zamanlı işlenmiş 3D sanal dünyalardan oluşan büyük ölçekli ve birlikte çalışabilir bir ağ” şeklinde tanımlamak mümkündür. Tanımda son yıllarda sürekli kullanılan

² Kim Jooyung, “Advertising in the Metaverse: Research Agenda”, *Journal of Interaktif Advertising* 21, Iss: 3, (2021): 141-144; Zeliha Tekin, *Metaverse 101*, (İstanbul: Scala Yayıncılık, 2022), 15; Zuhâl Sönmezer, “Yeni Nesil Ekonomi: Metaverse”, *Metaverse Yeni Gerçeklik Paradigmaları*, Ed. Serdar Kuzey Yıldız, (Ankara: Nobel Yayınevi, 2023), 119; Ben Ashael, *The Metaverse: Exploring a New Realty*, (Poland: Amazon Fulfillment, 2022), 37; Terry Winters, *Metaverse, Sanal Dünyanın Devrimine Hazır Olun*, Çev: Mina Zeynep Çamoğlu (İstanbul: Kodlab Yayın Dağıtım, 2022), 3; Muhammet Özdemir, “Metaverse Nedir ve “Gerçek Zamanlı Sanal Yaşam Neden Vardır?”, *Metaverse Gerçek Zamanlı Sanal Yaşam*, Ed. Mustafa Tekin ve Muhammet Özdemir, 17-44 (İstanbul: Mana Yayınları, 2023), 23.

³ Bu çalışmamızda “Metaverse” kelimesini iki şekilde kullandık. İlk kullanımda, tüm metaverseleri kapsayıcı şekilde, üst başlık ve çatı olarak kullandığımız anlamdaki halini büyük “M” harfiyle kullandık. Açıklamalarımız genellikle bu çatı Metaverse ile ilgili olduğundan çalışmamızda genellikle büyük “M” ile yazılmış metaverse kelimesi yer almaktadır. Diğer anlamda ise soyut metaverse kelimesi için kullanımımızda küçük “m” harfini kullandık. Benzer referans kullanım ve açıklaması için Bkz. Cathy Hackl, Dirk Lueth ve Tommaso Di Bartolo, *Navigation the Metaverse*, (New Jersey, USA: Wiley & Sons Inc., 2022), 11.

⁴ Dünya ölçeğinde Metaverse ile ilgilenen büyük şirket sahiplerinden bazılarının Metaverse tanımlamaları için Bkz. Matthew Ball, *The Metaverse and How It Will Revolutionize Everything*, (New York, USA: Liveright Pub. Corp., 2022), 18-23.

⁵ Nick Rosa, *Understanding the Metaverse a Business And. Ethical Guide*, (New Jersey, USA: Wiley & Sons Inc. 2023), 5; Hackl, Lueth ve Di Bartolo, 8-9; Tekin, 16; Sönmezer, 119-120; Ashael, 9; Katherina Liam, *Metaverse is Coming*, (Fransa: Amazon Britigny Sur Orge, 2023), 5; Özdemir, 22.

⁶ John David N. Dionisio, William G. Burns and Richard Gilbert, “3D Virtual Worlds and the Metaverse: Current Status and Future Possibilities”, *ACM (Association for Computing Machinery) Computing Surveys* 45, Iss: 3, (July 2013): 1-38; başka tanımlar için Bkz. Hackl, Lueth ve Di Bartolo, 8-9; Ashael, 24.

⁷ Ball, 29.

ve metaverse ile iç içe geçmiş olan “merkeziyetsiz, web3 ve blokzincir” kelimelerine yer vermemesinin sebebini ise Ball şu şekilde açıklamaktadır⁸; “*Web3, Google, Apple, Microsoft, Amazon ve Facebook gibi hantal toplayıcı platformlar yerine bağımsız geliştiriciler ve kullanıcılar etrafında inşa edilen internetin biraz belirsiz bir şekilde tanımlanmış gelecekteki bir versiyonunu ifade eder. Günümüz internetinin daha merkezi olmayan bir versiyonudur ve birçok kişi bunun en iyi blok zincirleri tarafından (ya da en azından büyük olasılıkla blok zincirleri aracılığıyla) sağlanabileceğine inanmaktadır. İşte ilk karışıklık noktası da burada başlıyor.*”

Hem Metaverse hem de Web3 bugün bildiğimiz internetin “halef devletleridir”, ancak tanımları oldukça farklıdır. Web3 doğrudan 3D, gerçek zamanlı işlenmiş veya eşzamanlı deneyimler gerektirmezken, Metaverse merkeziyetsizlik, dağıtılmış veritabanları, blok zincirleri veya çevrimiçi güç veya değer platformlarından kullanıcılara göreceli olarak kaymasını gerektirmez. Bu ikisini birbirine karıştırmak biraz demokratik cumhuriyetlerin yükselişini sanayileşme ya da elektrik enerjisine kavuşma ile karıştırmaya benzetmektedir; biri toplumsal oluşum ve yönetimle ilgili, diğeri ise teknoloji ve onun yaygınlaşmasıyla ilgilidir.

Metaverse’ün kullanıcılarına devasa sanal bir deneyim oluştururken mobil cihazların, sosyal medyanın, sanal ve artırılmış gerçekliklerin, çevrimiçi oyunculuğun, blokzincirin ve kripto paraların özelliklerini bir araya getirmekte olduğu vurgulanmaktadır⁹.

Meta (Facebook) şirketinin kurucusu Marc Zuckerberg¹⁰ tarafından; “*Sadece bakmak yerine içinde bulunduğumuz internet alemidir*” şeklinde tanımlanan Metaverse, kullanıcıların bilgisayarlar, mobil cihazlar ya da 3D cihazlardan girdikleri, fiziksel gerçeklikle sanal gerçekliği bir arada yaşadıkları bir sanal ortamdır. Metaverse; internetin bireyler, şirketler, topluluklar ve devletler için kullanılacak gelişmekte ve dönüşmekte olan, çok boyutlu mevcut son versiyonudur.

Birçok kişi Metaverse’ün sadece sanal gerçeklik¹¹ (virtual reality - VR) gözlüklerinden ve kulaklıklarından ibaret olduğunu belirtmektedir¹². Gerçekten VR

⁸ Ball, 57-58.

⁹ Emrah Kaya, *Metaverse Meta İnsana Hazır mısın?* (İstanbul: Nemesis Yayınevi, 2022), 28; Ashael, 11-12.

¹⁰ Genellikle Metaverse’ün kurucusu ve sahibi olduğu düşünülen Zuckerberg ile Metaverse arasındaki ilişkinin analizi için Bkz. Kaya, 77-80; Liam, 16-18.

¹¹ Gerçeklik kavramı üzerinde mutlak tanım birliği olmayan bir kavramdır. Ancak bu kavrama açıklık getirmeye çalışılırken genellikle nesnel gerçeklikten hareket edilerek açıklama yapılmaktadır. Bugün artık nesnel gerçeklik kavramının yanında eleştirel gerçeklik, postmodernizm, rölativizm, meta-gerçeklik kavramlarından söz edebilmekteyiz. Yani gerçeklik kavramı artık sadece nesnel gerçeklik kavramından ibaret olmaktan çıkmış durumdadır. Serdar Kuzey Yıldız, “Teknolojik Devamlılık Fetişizmi: Meta İnsan ve Yeni Sanal Yaşam” *Metaverse Yeni Gerçeklik Paradigmaları*, Ed. Serdar Kuzey Yıldız, (Ankara, Nobel Yayınevi, 2023), 9-10.

¹² Sönmezer, 119.

gözlükler sayesinde sanal gerçeklik ortamlarına girilebilmek, oralarda üç boyutlu (3D) oyunlar oynayabilmek, gezinebilmek, sohbet edebilmek, toplantı yapmak mümkündür. Ancak VR gözlükler Metaverse'ün sadece araçlarından biridir ve gelecekte VR gözlüklerle yapılanlardan çok daha fazlasının olabileceği öngörülmektedir¹³. Örneğin, normal hayatta kullandığımız cep telefonu, sanal kaydırmalar ve sanal dokunuşlarla kullanabileceğimiz bilgisayar ekranları, karşıdaki kişi veya nesneye yumruk atmamıza yarayacak sanal butonlar gibi birçok unsurun üç ve hatta daha fazla boyutlu olarak yapılabilmesi mümkün olacaktır.

Aslında Metaverse, hayatımızda yer alan her şeyin birbiri ile iletişim ve etkileşim içerisinde olması ile ilgilidir. Tüm bu iletişim, etkileşim ve fırsatlar, kolayca bağlanılabilen tek bir sanal gerçeklik ortamında söz konusu olmaktadır. Metaverse'ün sunduğu fırsatların bazıları sanal tecrübeler olmakla birlikte, sanal tecrübelerden çok daha fazlası başka insanlarla interaktif bir etkileşim içerisinde olmak ve bunun sonunda ortaya çıkan iş teklifleri ve ekonomik fırsatlarla ilgilidir.

Metaverse internetin yeni neslidir¹⁴. İçerik sağlayıcıların, çok boyutlu aktiviteler etrafında sürükleyici deneyimler ve ürünler sunmasıdır. Birçok kişi Metaverse'ü 3D olarak düşünüyor olsa da kanımızca Metaverse 2D ve 3D değildir. Fiziksel mekânın, mesafelerin ve nesnelerin grafiksel tasarım yolu ile dematerializasyonu (kaydileştirilmesi) diğer bir deyişle grafiksel olarak internet ortamına aktarılması ve böylece tüm hayatımızı çevreleyen bir sanal ortamın içinden hayatımızı ve bilgisayarları yönetmeye doğru evrilmekle ilgilidir.

Metaverse'ün gelecekte hayatımızda önemli bir rol oynamasını sağlayacak bazı özellikleri aşağıdaki şekilde sıralanmaktadır¹⁵;

- Kalıcılık; süreli bir şekilde var olmaya devam edecektir, sıfırlanmayacak, ara vermeyecek veya sonlanmayacaktır. Her zaman orada olacaktır.
- Senkronize ve canlılık; zamanlanmış konserler, iş toplantıları, video toplantılar yapılıyor olmasına rağmen, ne zaman bağlanılırsa bağlanılsın Metaverse adeta canlı bir deneyim sunmaya devam edecektir.
- Her kullanıcı için bireysel mevcudiyet hissi; Metaverse'e herkes girebilecek ve kendi bireysel deneyimini yaşayacaktır. Diğerleriyle interaktif bir ilişki içinde olmasına rağmen herkes kendi kişisel tecrübesini diğerlerinden ayrı olarak yaşayacaktır¹⁶.

¹³ Rosa, 7.

¹⁴ Rosa, 5.

¹⁵ Gideon Burrows, *Your Life in the Metaverse*, (USA: 2022), 16-17.

¹⁶ Yapımcı Birol Güven, Sanayi devrimi sonrası ortaya çıkan sanayi toplumunun kelimesi olan "stardardizasyon" yerine, dijital çağın kelimesi olarak artık "kişiselleştirme" kelimesinin kullanılmaya başlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Hatta dijital çağı kelime ile ifade etmek gerekirse "Metaverse'te kişiselleştirme" kelimesinin bu çağı en iyi ifade eden kelimeler olduğunu ifade etmektedir. Birol Güven'in görüşlerinin devamı için Kaya, 47-51.

- Tam işleyen bir ekonomi; sanal para tedavülde olacak, alınıp satılacak, mallar (varlıklar) alınıp satılacak ve Metaverse’te yapılan değiş tokuşları organize etmek için diğerleri tarafından da onaylanmış sanal çalışma ortaya çıkacaktır¹⁷.
- Gerçek ve dijital dünyayı birlikte kapsama; Metaverse sadece bir çevrimiçi deneyim değildir. O aynı zamanda gerçek dünya ile etkileşim içinde olacak, onu etkileyecek ve ondan etkilenecektir.
- Benzeri görülmemiş birlikte çalışabilirlik olanağı¹⁸; şirketler, tasarımcılar, bireyler ve kullanıcılar, evrensel bir deneyim oluşturmak için birlikte çalışacaktır¹⁹. Bireylerin ve şirketlerin silo mantaliteleri²⁰ sona erecektir.
- Çok geniş perspektiften ve farklı alanlardan katkı sunan kişiler tarafından kurulup işletilme; sadece büyük internet şirketleri değil, sanal ve online ortama odaklanmış, kazanç ve yeni olanaklar sunmayı hedefleyerek yayınladıkları içerik ve araçlarla Metaverse’ün gelişmesine katkı sunan, yeni ortaya çıkan şirketler, bireyler, girişimciler Metaverse’ü birlikte oluşturacaktır.

Metaverse’ün yedi katmanı olduğu ileri sürülmektedir; i) Altyapı, ii) İnsan arayüzü, iii) Ademimerkeziyetçilik, iv) Uzamsal (geometrik) bilgi işlem, v) Yaratıcı / üretici ekonomi, vi) Keşif, vii) Deneyim²¹. Ancak tüm bunların ötesinde, dünyada henüz tek bir tane Metaverse yoktur²². Bu konuda yatırım yapan her

¹⁷ Sönmezer, 120.

¹⁸ Birbirleriyle “konuşmayan” geleneksel yazılım, uygulama platformları ve silo halindeki uygulamalar aynı blok zincirinde olsalar bile diğerleri için işleri her zaman zorlaştırırlar. Oysaki, birlikte çalışabilirlik Metaverse’ün geleceğinin anahtarıdır. Ancak, bugün kendisine metaverse diyen birçok dApp birlikte çalışabilirliğin teknik ve mantıksal temelinden çok uzaktadır. Bu nedenle birlikte çalışabilirlik olmadığına tek tek dApp’leri bir bütünün parçası olarak düşünmek oldukça zordur. Buna karşılık özellikle blockchain tabanlı dApp’ler, yüksek düzeyde iletişim kurma ve bilgi alışverişinde bulunma potansiyeline yani birlikte çalışma potansiyeline sahiptir. Eğer açık bir Metaverse’e sahip olabileceğiz, bu dApp’lerin birlikte çalışma yeterliliğini ve iradesini göstermesi ile olacaktır.

¹⁹ Sönmezer, 119.

²⁰ Silo anlayışı ticaret ve ekonomide genellikle içe dönük, dışarıya kapalı bilgi sistemleri yahut şirketler için kullanılmaktadır.

“Silo sendromu ile bir örgütte bir departmanın diğer departmanlardan sanki kendisini çevreleyen görünmez bir duvar varmış gibi kopuk çalışması ve birbiriyle etkileşim halinde olmamaları durumu ifade edilmektedir. Mevcut siloların yıkılması da oldukça zor bir iştir. Örgütlerin yapısını yeniden tasarlamayı gerektirir ki bu durum oldukça maliyetlidir. Ancak departmanlar arası bağlantıyı sağlayabilen, farklı uzmanlık alanlarındaki çalışanları bir araya getirerek uyumlu çalışmalarına olanak sağlayacak liderler ile örgütlerde silo sendromunun üstesinden gelinmesi mümkündür”. İnci Fatma Kurtulgan, “Örgütlerde İş Birliği ile Değer Yaratmada “Silo Liderlik Tarzı”nın Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, S. 3 (2022): 1502-1512.

²¹ Sönmezer, 122.

²² Metaverse’ün önünde aşılması gereken teknik engeller; i) Bant genişliği ve gecikme yani internet hızı, ii) Birlikte çalışabilirlik, iii) Güvenlik ve mahremiyet, iv) Yapay zekâ, v) Sanal gerçeklik ve artırılmış gerçeklik, Sosyal engeller; i) Kullanıcıların benimsemesi, ii) Sosyal etkileşim, iii) Kapsayıcılık ve çeşitlilik, iv) Düzenlemeler ve yönetim, v) Fikri haklar. Ekonomik engeller; i) Para kazanabilme, ii) Rekabet, iii) Altyapı maliyetleri, iv) Erişilebilirlik ve uygun fiyat, v) Fikri haklar, olarak sıralanmaktadır. Ashael, 86-92.

şirketin kendi Metaverse’ü vardır. Kişiler birden çok Metaverse’ün kullanıcısı olabilecek, her Metaverse’ü farklı bir işlem için kullanabilecektir. Örneğin, Meta’nın Metaverse’ünü sosyalleşme ve eğlence için, Apple’ın Metaverse’ünü iş için kullanabilecektir. Birinden çıkıp diğerine girebilecek ve bunlar arasında Metacoin transferi yapabileceklerdir. Bu çoklu Metaverse düzeni “Multiverse” olarak adlandırılmaktadır²³. Ancak Metaverse’ün nihaî vizyonu, herhangi bir cihaz (AR/VR başlıklar, bilgisayar, TV, cep telefonu vb.) ile erişilebilecek, birbirine bağlı, merkeziyetsiz yapıda tek bir Metaverse ortamı (yahut birbirine bağlı ortamlar ağı) oluşturmaktır²⁴.

B. METAVERSE’ÜN GELİŞİMİ

Metaverse, hayatımızı bir anda değiştiren tek seferlik icatlardan farklı olarak, bilişim çağıyla birlikte devam etmekte olan bir dizi teknolojik gelişim sürecinin bir parçasıdır²⁵. Bu teknolojik gelişim sadece yeni teknolojilerin icadı ile değil, aynı zamanda var olan iş modellerinin, kullanıcı deneyimlerinin ve kısaca ekonominin değişim ve dönüşümü ile ilgilidir. Teknolojik değişim sürecinin bir parçası olarak ortaya çıkmış olan Metaverse’ün henüz ilk evrelerinde olduğumuz, Metaverse’ün gelişiminin net parçalar ya da dönüm noktaları şeklinde ortaya çıkmak yerine, dikişsiz şekilde devam etmekte olduğu, herhangi bir yeni aşamaya ulaşıldığında aslında o aşamanın farkında olmadan zaten içinde yaşamakta olduğumuzu göreceğimiz ileri sürülmektedir²⁶.

“Metaverse” kavramı ilk defa Neal Stephenson tarafından 1992 yılında yazılmış olan “Snow Crash” adlı bilim-kurgu romanıyla ortaya çıkmıştır. Romanda Metaverse, devasa sanal bir dünya olarak betimlenmiş, bu sanal dünyanın kullanıcılar tarafından artırılmış gerçeklik teknolojisiyle deneyimlendiği öykülenmiştir. Ancak, teknolojik olarak Metaverse’ün başlangıcının en az 1978’e kadar geriye gittiğini, çünkü konunun aslında bir bilgisayarın başka bir bilgisayarla 3D olarak nesnelere oluşturmak ve bu nesnelere karşılık vermek konusunda “aynı dil” ile konuşmasını sağlayan bilgi paylaşımı ve kodlama standartlarının oluşturulmasıyla birlikte

²³ Kaya, 124.

²⁴ Rosa’ya göre; bu vizyona ulaşmak için çalışan binlerce şirket, kurum ve kuruluş bulunmaktadır. Ancak bu kolay bir iş değil, zira bu parçaların her biri diğerine derinden bağlı durumdadır. Örneğin, gelecekte Metaverse’ün yerel cihazlardan tamamen kurtularak bulutta yönetilmesi gerekecektir. Ayrıca, Metaverse’ün günlük hayatımızda kolayca kullanılabilir ve yaygın hale gelmesi için mevcut AR/VR gözlüklerden çok daha ince, günlük hayatta kabul edilebilir büyüklük ve incelikte, şarjı yeterince dayanıklı yeni tip giyilebilir teknolojilere ihtiyacımız bulunmaktadır. Rosa, 14.

²⁵ Rosa, 3; Özdemir’e göre; Metaverse literatürünün oluşumu dört safhaya ayrılmaktadır; i) Bir fikir ve kavram olarak insanların çoklu sanal yaşamlarının tasarlanmış olduğu safha, ii) Terim ve metinsel bir tasarım olarak insanların çoklu yaşamlarının Metaverse çerçevesinde işlenmesi, iii) İkinci yaşam (Second Life) literatürü, iv) 2021 yılından itibaren teknoloji ve yatırım yazarlarının kaleme aldıkları makalelerin oluşturduğu literatür. Özdemir, 26-29.

²⁶ Burrows, 22; “Tüm bu küçük dalgalar birleşerek dünyanın çehresini değiştirecek bir tsunamiye dönüşmektedir.” Rosa, 14.

başladığını ileri sürenler de vardır²⁷. Bu görüşün haklı bir tarafı olsa da yukarıda açıklandığı üzere, sanayi devriminden beri yaşanmakta olan teknolojik gelişim sürecinin devamı niteliğinde olan Metaverse'ün sadece bilgi paylaşımı ve ortak kodlama dilinin oluşturulması sonucunda teknik olarak ortaya çıkmış olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Zira, bilişim çağına gelinirken yaşanan teknolojik gelişim sürecinde elektriğin icadı, ilk bilgisayarın icadı, kişisel bilgisayarların icadı, ARPANET'in icadı ve internete evrilişi, web 1.0'dan web 2.0 ve web 3.0'a doğru yaşanan süreç başta olmak üzere, hiçbirini küçümsemeyecek derecede önemli olan sayısız teknolojik gelişmeler yaşanmıştır. Bunların her biri yaşanan teknolojik gelişim sürecinin birer parçası ve önemli köşe taşlarıdır. Bu nedenle sürecin diğer parçalarını yok sayarak ortak paylaşım ve kodlama dillerinin oluşturulmasıyla Metaverse sürecinin başladığını söyleyebilmek mümkün değildir.

Snow Crash (1992) romanından sonra, Metaverse'ün gelişiminde yaşanan bazı önemli gelişmeleri kronolojik olarak şu şekilde sıralamak²⁸ mümkündür;

- 1993 - Steve Jackson Games şirketi, kullanıcıların bilim kurgu, hayaller, çizgi filmler ve oyunlar hakkında her şeyi tartışabildiği, aynı zamanda kendi kodlarını kritik etmek ve düzenlemek üzere paylaştıkları metin tabanlı sanal gerçeklik sistemini oluşturmuştur.
- 1995 - Baştan sona Snow Crash'i temel alan Active Worlds yayınlanmıştır. Active Worlds, kullanıcıların sanal gerçeklik dünyasını ziyaret etmelerine, diğer kullanıcıların oluşturdukları sanal çevreyi ve yapıları keşfetmelerine ve kendi sanal çevre ve yapılarını oluşturmalarına olanak tanımıştır.
- 2003 - Linden Lab şirketi tarafından Second Life yayınlanmış, oyun oynayan, iş yapan ya da herhangi bir şekilde etkileşim içinde olan kullanıcıların kendi 3D çevrimiçi alanlarını oluşturmalarına olanak sağlanmıştır.
- 2006 - Roblox, kullanıcıların kendi platformlarını oluşturup diğer kullanıcılarla da paylaşabildiği oyun platformunu yayınlamıştır.
- 2017 - Epic Games, 3D etkileşim temelli oyun platformu olan Fortnite'i yayınlamıştır.
- 2018 - Solirex tarafından, çoklu oyuncu ile oynanan çevrimiçi metaverse oyun olan NeosWR yayınlanmıştır.
- 2019 - Facebook tarafından, sosyal sanal bir dünya olarak Facebook Horizon duyurulmuştur. Oculus isimli sanal gerçeklik sistemi, Facebook'ta olduğu kadar Microsoft ile de çalışmaktadır.
- 2020 - Merkeziyetsiz ve kendi kullanıcıları tarafından oluşturulan bir sistem olan Decentraland yayınlamıştır²⁹.

²⁷ Burrows, 22.

²⁸ Başka bir sıralama için Bkz. Sönmezer, 121; Yıldız, 15-18; Ball, 6-13.

²⁹ Decentraland'ın özellikleri ve önemi için Bkz. Sönmezer, 125; Rosa, 93; Decentraland oyunu için Bkz. <https://decentraland.org/>.

- 2021 - Epic Games, Fortnite'i Metaverse'e dönüştürmek için doğrudan fon sağlamaya başlamıştır.
- 2021 - HoloLens 2 gibi Microsoft cihazları aracılığıyla sanal varlık görünümü sağlayan karma gerçeklik yazılımı Microsoft Mesh duyurulmuştur.
- 2021 - Güney Kore, birleşik bir ulusal sanal ve artırılmış gerçeklik platformu oluşturmak amacıyla ulusal metaverse ittifakının kurulduğunu duyurmuştur.
- 2021 - Sosyal ağların ana platformlarından olan Fabebook, "Facebook, Inc." olan resmî ismini "Meta Platforms" olarak değiştirmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere Metaverse bir anda ortaya çıkmış değildir. Sürmekte olan bir teknolojik gelişim sürecinin bir parçasıdır. Geliştiriciler yıllardır adeta bir teknolojik lego oyununda yeni parçaların eklenmesi gibi, yeni parçalar inşa etmekte, parçaları birbirine uyarlamakta, kendi oluşturdukları sanal yapılarına giriş sağlamakta, yapıları tekrar tekrar yeniden uyarlamakta, yeniden inşa etmekte, yeni hayati parçalar oluşturarak sisteme entegre etmekte ve artık işe yaramayan kısımları devre dışı bırakmaktadır. Bu nedenle Metaverse, legonun yeni bir versiyonu değildir; yeni parçalar eklenmiş, devamlı şekilde yeniden inşa edilmiş ve zamana uyarlanmış süregelen bir versiyonudur demek daha doğru olacaktır.

Geçmişten günümüze yaşanan gelişmeler bize Metaverse'ün ileride çok daha yaygınlaşmış, güvenilir bir platform olarak, sosyal gelişme ve refahın artmasında önemli bir rol oynayacağını açıkça göstermektedir. Ancak işin gerçeği, her ne kadar günümüzde internetin son versiyonu olan Metaverse konusunda yazıp çiziyor ve tartışıyor olsak da Metaverse internetin en son versiyonu olarak kalmayacak, gelecekte her şey bizim bugün tasavvur ettiklerimizden çok daha farklı olacaktır³⁰. Bu kapsamda Metaverse'ün iktisadî hayatta ortaya çıkaracağı etkileri incelemek yerinde olacaktır.

C. METAVERSE'ÜN İKTİSADİ HAYATTAKİ ETKİLERİ

Dijital çağa geçişimiz ile birlikte yaşamakta olduğumuz dijital ekonominin Metaverse'te de karşımıza çıkmakta olduğu görülmektedir. Ancak neredeyse tüm yorumcular Metaverse'ün dijital ekonominin ötesine geçerek kendine özgü iç ekonomik döngüsünü de oluşturacağı, buna bağlı olarak bir "Metaverse ekonomisi"nin³¹ oluşacağı konusunda hem fikir durumdadır³². Bu iç ekonomik

³⁰ İnternetin gelecekte nasıl şekilleneceği ile ilgili öngörüler için Bkz. Ball, 60-63.

³¹ Klasik ekonominin dört anahtarı olarak adlandırılan yer, emek, sermaye ve girişimcilik unsurlarının, Metaverse ekonomisinde nasıl şekil bulacağına dair öngörüler için Bkz. Hackl, Lueth ve Di Bartelo, 25-26; Rosa, 91-93.

³² Bu konudaki düşünceler için Bkz. Hackl, Lueth ve Di Bartelo, 25; Sönmezer, 122; Kaya, 97-98; Rosa, 91; Ashael, 37-40; Liam, 10; Ahmet Dağ, "Elektriksel Düşünceden Sibernetik Düşünceye Transhümanizm ve Metaverse", *Metaverse Gerçek Zamanlı Sanal Yaşam*, Ed. Mustafa Tekin ve Muhammet Özdemir, (İstanbul: Mana Yayınları, 2023): 67.

döngüde katılımcılar para kazanabilecek, para harcayacak, para birimlerini değiş tokuş (exchange) yapacak, dijital alanda ortaya çıkan para birimlerine ve diğer dijital varlıklara yatırım yapacaktır³³. Hatta karşılıklı değişim sadece Metaverse'te kullanılan dijital para birimleri arasında değil, dijital para birimleri ile gerçek dünyada kullanılan paralar arasında da söz konusu olacaktır. İktisadî hayatta yaşanan dijital dönüşümün, bir sonraki aşamada meta dönüşüme doğru evrileceği, Metaverse'ün sunduğu olanakları yeterince değerlendirip gerekli yatırımları yapan şirketlerin gelecekte başarılı olacağı, geriye kalanların ise başarısız sayılacağı öngörülmektedir³⁴. Tüm bu beklentiler Google, Apple, Facebook (Meta) gibi çok büyük ölçekli şirketler başta olmak üzere, dünyada irili ufaklı birçok şirketin bu alana önemli yatırımlar yapmasına sebep olmaktadır³⁵.

Dijital paralar genellikle "coin" olarak adlandırıldığından, Metaverse'te kullanılacak coinin³⁶ "Metacoin" olarak adlandırılacağı³⁷ yahut Metacoin isminin, Metaverse'te kullanılacak tüm dijital paralar için bir üst isim olabileceği öngörülmektedir. Metaverse'te dijital avatarlar³⁸ dijital satış dükkanlarına (Metashop) girip gezecek, birbirleri ile alışveriş yapacak, birbirinden hizmet satın alacak ve tüm bu işlemlerde Metacoin³⁹ kullanacaktır. Metaverse'e dışarıdan bir para biriminin (Örneğin TL, USD) girmesi mümkün olmadığı gibi, Metaverse'ten dışarıya bir para çıkışı da olmayacaktır. Yani bir nevi kapalı bir ekonomik sistem söz konusudur⁴⁰. Ancak, Metacoin'in gerçek dünyadaki paralar ile, havale yahut kredi kartı yöntemleri ile satın alınması söz konusu olabilecektir. Metacoin ni-

³³ Mevcut durumda dijital para birimlerinden bazıları sadece belirli bir dApp için geçerli durumdadır. Yani uygulamayı oluşturan kişi, kendi dijital parasını da oluşturmuştur ve bu dijital para sadece o uygulamada geçerlidir. Ancak bazı dijital paralar kendi uygulamasında kullanıldığı gibi başka uygulamalarda da kullanılmakta, hatta borsada alınıp satılmaktadır.

³⁴ Hackl, Lueth ve Di Bartelo, 25; Tekin, 118; Winters, 23.

³⁵ Sönmezer, 123.

³⁶ Metaverse'ün coinler aracılığıyla dijital varlıkların alınıp satıldığı bir ortam olduğuna dair Bkz. Sönmezer, 126. Ancak kanımızca Metaverse'te sadece dijital varlıkların alınıp satılması ile yetinilmeyecek, gerçek dünyadaki bazı fiziksel varlıklar da Metaverse'te alınıp satılacaktır. Örneğin, Metamağazada dijital ikiz aracılığıyla denenen bir dijital tişört sipariş edilib, gerçek dünyada tıpkı B2C elektronik ticarete olduğu gibi kargo aracılığıyla kapımıza gelecektir.

³⁷ Bu isimlendirme için Bkz. Burrows, 80 vd.

³⁸ Hint mitolojisinde tanrıların dünyada vücut bulması, bir ölümsüzün insan bedenine yerleşmesi anlamında kullanılmış olan avatar, internetin keşfinden günümüze kadar yaşanan gelişmeler sonucu yeni bir konsept olarak yeniden ortaya çıkarmıştır. "Dijital insan" olarak da isimlendirilmekte olan avatarlar; insan benzeri faaliyetler, insan kapasiteleri, yetenekleri ve diğer bir kısım insan özellikleri ile donatılmış, bahşedilmiş veya ilişkilendirilmiş dijital varlıklardır. Bu varlıkların kendileri insan değildir ancak bunları oluşturan kişilerin hayal gücüne göre değişik insan nitelikleri, insanî algılar, hatta insanî değerler, insan isimleri, insan görünüşleri ve tezahürleri ile donatılmışlardır. Bunlar dijital ekosistemde insan formunu temsil eden dijital varlıklardır. Bu özellikleri göz önüne alınarak kanımızca avatarları dijital ortamda insan kişiliğini, insanî değerleri ve insanî etkileşimleri temsil eden, insanî görünüş taşıyan dijital varlıklardır, şeklinde tanımlamak mümkündür.

³⁹ Metacoin'in diğer paralarda olduğu gibi üç temel fonksiyonu olan i) Değişim aracı, ii) Hesap birimi ve iii) Tasarruf aracı fonksiyonlarının nasıl işleyeceğine dair Bkz. Hackl, Lueth ve Di Bartelo, 29-30.

⁴⁰ Burrows, 81.

teliğindeki dijital paraların ilk arzı (IMCO - Initial Metacoin Offering), normal coinlerin hakla arzına benzer şekilde olabileceği gibi farklı arz yöntemleri de ortaya çıkabilecektir.

Metaverse’te yer alan sanal mağazalarda gezilip görülen ürünler sipariş edilerek gerçek dünyada kullanılacaktır. Örneğin bir tekstil markasının Metashop’unda görülüp beğenilen bir ürün gerçek dünya için sipariş edilecek ve gerçek dünyada kargo ile tarafımıza teslim edilecektir. İlk anda olanak dışı gibi görünen bu senaryo, günümüzde firmaların internet mağazaları hatta sanal pazarların meta versiyonunu düşündüğümüzde çok daha gerçekçi ve yakın olarak önümüze çıkmaktadır. Nitekim Nike, Hyundai, Gucci, Warner Bross Pictures, Netflix, Disney gibi birçok şirket Metaverse içinde şubelerini açmış durumdadır⁴¹. Zira Citigrup tarafından hazırlanan “Metaverse and Money; Decrypting the Future (Metaverse ve Para; Geleceğin Şifrelerini Çözme)” isimli rapora göre⁴²; Metaverse ekonomisinin 2030 yılına kadar 8 ilâ 13 trilyon dolar seviyesine çıkacağı öngörülmektedir. Ülkemizde ise 2035 yılına kadar Türkiye ekonomisine 37,5 milyar dolar katkı sağlayacağı öngörülmektedir⁴³.

Metaverse’ün önemli etkilerinden bir tanesi de uzaktan çalışma şeklinin yaygınlaşması konusunda olacaktır. 2019 yılından itibaren yaşanan Covid-19 pandemisi nedeniyle birçok şirket, iş yerinden çalışmak yerine çalışanlarının evden çalışmasını sağlamak için çok büyük miktarlarda yatırımlar yapmıştır⁴⁴. Bunun karşılığında ise daha önce kiralanmış olan devasa ofis binaları boşaltılarak daha küçük ofis binalarına taşınarak hem kira hem de bina işletme giderlerinden ciddi miktarda tasarruf sağlanmıştır⁴⁵.

Tüm bu süreçte uzaktan çalışmanın yanında uzaktan toplantı olgusuyla da tanışmış olan iş dünyasında, işleri yönetmek ve yürütmek için ekip üyeleri ile toplantı yapmak çok önemlidir. Ancak toplantıların gündemi, içeriği ve zaman yönetimi doğru şekilde yürütülmediğinde, ekip üyeleri arasında sıkça “gereksiz toplantı, toplantı hakkında toplantı, çok uzun toplantı, habersiz ve plansız toplantı, neden yapıldığı bilinmeyen toplantı” gibi birçok memnuniyetsizlik ifadesi ortaya çıkmaktadır. Zoom, Google Meetings ve Microsoft Teams başta olmak üzere ortaya çıkan çevrimiçi görüntülü toplantı programlarıyla birlikte toplantılar

⁴¹ Bunlara benzer şekilde Upland isimli uygulama da kullanıcılarına çok farklı bir metashop deneyimi ve bayılık fırsatları sunmaktadır. Upload uygulaması için Bkz. <https://www.upland.me/>, ET. 21.09.2023.

⁴² “Metaverse and Money; Decrypting the Future” (March 2022), Citi GPS: Global Perspectives & Solutions adına hazırlayanlar; Ronit Ghose, Nisha Surendran, Sophia Bantanidis, Kaiwan Master, Ronak S Shah, Puneet Singhvi, Jamie Burke, Phil Chen, Stani Kulechov, Urszula McCormack, Urszula McCormack, Yonatan Raz-Fridman, Rebecca Rettig ve Yat Siu. Raporun tamamı için Bkz. https://www.citifirst.com.hk/home/upload/citi_research/AZRC7.pdf, ET. 20.09.2023.

⁴³ Sönmezer, 128.

⁴⁴ Burrows, 101.

⁴⁵ Covid-19 pandemisinin dijitalleşmeye olan etkileri neticesinde Metaverse’ün ses getirmeye başlaması konusunda Bkz. Sönmezer, 121.

genellikle çok daha odaklanılmış, süreye bağlı ve etkili şekilde yapılmaya başlanılmıştır⁴⁶. Çevrimiçi görüntülü toplantı programları sayesinde özellikle İstanbul gibi metropollerde toplantıya gitmek için trafikte harcanan saatler, yerini evimizin ya da o anda her nereyese (ofisimizde, tatilde, ormanda, piknikte vb.) orasının konforuna bırakmıştır. Sonuçta uzaktan çalışma ve uzaktan toplantı yapma olguları artık iş hayatının kanıksanan ve vazgeçilmez olguları haline gelmiştir.

2020 yılında Harvard Business Review dergisinde yayınlanan bir araştırma-göre⁴⁷; 2013'te beyaz yakalı çalışanlar zamanlarının üçte ikisini ya çoğu zaman meslektaşlarıyla birlikte yönetim toplantıları yaparak ya da kendi başlarına masa başı çalışma yaparak geçirmiştir. Dışarıya odaklı işler (örneğin müşterilerle konuşmak), aşağıyı yönetmek (astları eğitmek ve desteklemek) ve yukarıyı yönetmek (patronla ve diğer üst düzey kişilerle etkileşimde bulunmak) çok az zaman alırken, eğitim ve kişisel gelişime neredeyse hiç zaman ayırlamamıştır. 2020 yılından itibaren covid-19 pandemisi sebebiyle yaşanan karantina sırasında bu durumda yaşanan iki önemli değişim; i) Toplantıları yönetmeye %12 daha az zaman harcanmaya başlanması ve ii) Dışarıya odaklı çalışmalara %9 daha fazla zaman harcanmaya başlanmış olmasıdır. Araştırmada ortaya çıkan sonuçlara göre büyük ve gereğinden fazla zaman alan toplantılara katılma oranı önemli ölçüde azalmış ve bu da kişilere ve firmalara müşterilerle ilgili çalışma yanında eğitim ve gelişim için daha fazla zaman bırakmıştır.

Metaverse'ün, uzaktan çalışma ve uzaktan toplantı hatta uzaktan eğitim olgularını bir ileri düzeye taşınması beklenmektedir⁴⁸. Zira, şimdiden birçok platform uzaktan toplantı salonları ve uzaktan çalışılabilecek sanal ofis ortamları hazırlamaktadır. Bazı üniversiteler ise sanal kampüslerini oluşturmuş olup, bu sanal kampüslerde eğitim vermenin hazırlıklarını sürdürmektedir. Metaverse ortamında yapılacak olan toplantılar, kişilerin avatarlarının katılımıyla yapılacak, avatarların gerçeğe daha yakın bir görüntüye kavuşmaya başladığı (nihaî hedef dijital ikizlerin⁴⁹ oluşturulmasıdır) oranda da yüzyüze toplantılar ile aynı etkiye sahip olacaktır. Böylece çevrimiçi toplantıların sağladığı zaman tasarrufu ve daha fazla odaklanma gibi faydaların yanında, yüzyüze toplantıların sağladığı ast-üst davranışları, jest-mimik kullanımı gibi davranışsal etkilerden de yararlanabilmek söz konusu olacaktır.

⁴⁶ Burrows, 103.

⁴⁷ "Research: Knowledge Workers are More Productive from Home", (31 August 2020) Hazırlayanlar; Julian Birkinshaw, Jordan Cohen, ve Rawel Stach. Araştırmanın tam metni için Bkz. <https://hbr.org/2020/08/research-knowledge-workers-are-more-productive-from-home>, ET. 10.09.2023.

⁴⁸ Metaverse'ün eğitim alanında sunacağı yeni olanaklar için Bkz. Hackl, Lueth ve Di Bartelo, 122; Ball, 250-254; Ashael, 43-46.

⁴⁹ Dijital ikiz, gerçek dünyada var olan bir insan veya herhangi bir canlı - cansız objenin fiziksel görünüş ve diğer özelliklerini Metaverse ortamına aktaran dijital (sanal) modelidir. Dijital ikizler sayesinde gerçek dünya ile Metaverse ortamı arasında bir köprü kurulmakta ve gerçek kişi ya da objenin üzerindeki akıllı sensörler sayesinde, gerçek dünyadan sanal dünyaya anlık gerçek zamanlı veri aktarılmaktadır.

Metaverse'ün beklenen önemli etkilerinden bir tanesi ise yeni iş alanlarının ortaya çıkacak olmasıdır⁵⁰. İş dünyası meta dönüşümü yaşarken, hem bu dönüşümü finanse edecek girişimcilere⁵¹, hem de bu dönüşümü kodlayacak, grafikleştirip meta dünyaya taşıyacak, muhasebeleştirecek, dönüşümde şirketin ihtiyaç duyacağı yeni teknolojileri takip edip geliştirebilecek elemanlara ve tüm bu süreçleri yönetebilecek kapasite ve özelliklere sahip⁵² yöneticilere ihtiyaç doğacaktır⁵³.

Diğer taraftan Metaverse, kimlik ve veri mahremiyeti ile siber güvenliğe dair önemli riskler taşımaktadır. Metaverse platformlarının kullanıcılarının büyük bir çoğunluğu çocuk yaşta kullanıcılarıdır. Örneğin; Roblox'un 2022 yılında günlük aktif kullanıcıların sadece %38'i 17 yaşın üzerinde olup, geriye kalan %62'lik kısım ise 17 yaşının altında, diğer bir deyişle henüz yetişkin denilemeyecek yaşta. Şirket kullanıcılarının %50'sinden fazlasının 13 yaşın üzerinde olduğunu belirtmektedir. Bu durumda geriye kalan %50'ye yakın kısım 13 yaşın dahi altındadır. 2020 yılındaki verilere göre kullanıcıların; %25'i 9 yaşın altında, %29'u 9-12 yaş arası, %13'ü 13-16 yaş arası, %16'sı 17-24 yaş arası, sadece %14'ü ise 25 ve üstü yaşta⁵⁴. Görüldüğü üzere en önemli müşteri kitlesini küçük çocuklar oluşturmaktadır. Bu şartlar altında çocuk kullanıcıların finansal, duygusal, cinsel yönden suiistimale uğramaları, verilerinin ve Metaverse'te kullandıkları kimliklerinin kötü niyetli kişiler tarafından elde edilmesi yoluyla işlenecek suçların mağduru haline gelmeleri mümkündür. Diğer taraftan AR/VR gözlükler ve diğer giyilebilir teknoloji ürünleri sayesinde sürekli olarak ortaya çıkan yeni verilerin de kötü niyetli kişiler tarafından ele geçirilerek kullanılması söz konusu olabilecektir.

⁵⁰ Metaverse ile birlikte hayatımıza gireceği öngörülen bazı yeni meslekler arasında; UX/UI (Kullanıcı deneyimi, kullanıcı arayüzü) mühendisi ve tasarımcısı, metaverse ekosistem geliştirici dijital pazarlama ve satış uzmanı, metaverse emlakçısı, blokzincir uzmanı, dijital finans danışmanı, metaverse siber güvenlik uzmanı, dijital dedektif, metaverse oyun tasarımcısı, uzay trafik polisi ve uzay turizm rehberi, cyborg tasarımcısı, sanal artırılmış gerçeklik mühendisi, klonlama uzmanı, tersine mühendislik uzmanı, metaverse girişimcisi, gibi birçok yeni meslek sayılmaktadır.

⁵¹ Metaverse'te girişimcilik için Bkz. Ball, 256-260.

⁵² Dijital çağın liderlerinin; i) Hem kendi hem de çalışanlarının yeteneklerini, becerilerini ve güçlü yönlerini bilen, ii) Çağının gerektirdiği dijital gelişmeleri ve teknolojileri yakından takip eden, iii) Fütürist bakış açısıyla gelecek işgücü planlaması yaparak yeni yetenek setleri yaratan, iv) Dijital çağın gereği olarak sosyal medya becerilerini geliştiren ve sosyal medya kanallarını yönetebilen, v) Farklı departmanlardaki iş yapma biçimlerini dijitalleştirerek işletmesi daha verimli hale getiren, vi) Dijitalleşme odaklı çalışmalar yaparak ve iş süreçlerini yeniden planlayarak iç verimliliği artıran, vii) Mevcut iş alanında dijital iş fırsatları ve hizmetler yaratarak dış fırsatlar yakalayan, viii) İşletmesinde açık inovasyon ve çeviklik ekseninde dijital kültürü yerleştirerek çalışanlarının daha hızlı hareket etmesini sağlayan ve çalışanlarına muhakeme ve yerinde karar vermek özgürlüğü veren, yöneticiler olması gerektiğini belirtilmektedir. Tekin, 121-122.

⁵³ Özellikle nitelikli yönetici ihtiyacı hayati önem taşımaktadır. Bu nedenle günümüzde dünyanın en iyi CEO'ları arasında Alphabet Facebook, Google, SpaceX, Tesla gibi bilişim şirketlerinin CEO'ları yer almaktadır. Tekin, 119-120.

⁵⁴ Bilgiler; Roblox'un resmi sitesi olan <https://create.roblox.com/docs/production/earning-on-roblox>; ve Pazar araştırma sitesi <https://marketsplash.com/tr/roblox-istatistikleri>; sitelerinden 23.10.2023 tarihinde derlenmiştir.

II. SÖZLEŞME KAVRAMI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 1. Maddesine göre; “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kuru-
tur”. Bu tanımdan yola çıkan öğretide sözleşme genellikle; “tarafların karşılıklı
ve birbirine uygun irade beyanıyla bir hukukî sonuç doğurmak üzere kurulan
hukukî işlemdir” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁵.

Her sözleşmenin kurulması için gerekli olan en az iki irade beyanı bu-
lunmaktadır. Bu irade beyanlarından ilkinde öneri (icap) ikincisine ise kabul de-
nilmektedir. Bu irade beyanları sözleşmenin kurulması için temel kurucu unsur
olup, bu irade beyanlarından birinin olmaması halinde sözleşme kurulamayacak,
yok hükmünde (yoklukla malul) olacaktır⁵⁶. Ancak sözleşmelerin geçerli olarak
kurulabilmesi için sadece kurucu unsurların değil, aynı zamanda geçerlilik şartla-
rının da bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda herhangi bir sözleşmenin geçerli
olarak kurulabilmesi için; i) İrade beyanında bulunan tarafların ehil olması, ii)
Sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ah-
laka ve kişilik haklarına aykırı olmaması, iii) Sözleşmenin konusunun imkânsız
olmaması, iv) İrade beyanları sıhhatli olması (yanılma, aldatma ve korkutma ile
malul olmaması), v) Muvazaa bulunmaması da gerekmektedir. Bunların yanında
bazı sözleşmeler için; i) Aşırı yararlanma (gabin) olmaması, ii) Şekle uyulması,
iii) Genel işlem koşullarına aykırı olmama gibi şartlar da yerine gelmiş olmalıdır.

Sözleşmeler birçok açıdan tasnife tabi tutulmaktadır⁵⁷. Bu tasniflerden en
önemlisi borç doğuran sözleşmeler ve diğer sözleşmeler (tasarruf sözleşmeleri,

⁵⁵ Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı*, (Çev. Cevat Edege), (Ankara: Yargıtay Ya-
yınları No: 15, 1983), 138; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1,
15. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 43; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21.
Bası, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017), 200; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*,
C. 1, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015), 209; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku
Genel Bölüm*, 4. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 30; Aydın Zevkililer ve K. Emre Gökyayla,
Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 1; Zeynep Damla
Taşkın, *Sözleşmenin Kurulması*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020), 3; Erzan Erzurumluoğlu,
Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 9. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 28-29.

⁵⁶ Oğuzman ve Öz, 49; Turhan Esener ve Fatih Gündoğdu, *Borçlar Hukuku 1 Sözleşmelerin Kuruluşu
ve Geçerliliği*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 23; Antalya, 87; Hatemi ve Gökyayla, 30; Taşkın, 3.
Yarg. HGK, E. 2021/814, K. 2023/268, T. 29.03.2023; “Sözleşme; hukuki bir sonuç doğurmak üzere,
iki veya daha ziyade kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile uyuşmasını ifade eder.
Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda (BK) olduğu gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda da (TBK)
sözleşme; borç ilişkisinin kaynakları arasında sayılmış ve TBK’nın 1 inci maddesinde sözleşmenin,
tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulacağı hüküm altına alınmıştır.
İrade beyanı, irade ve beyan unsurlarından oluşur. Bir sözleşme yapılırken taraflardan birinin
işlem iradesinin oluşum veya beyanı aşamasında ortaya çıkan sakatlıklara irade bozukluğu denir.
Belirtmek gerekir ki, bir hukuki işlemin geçerli ve amacına uygun hukuki sonuçlar doğurabilmesi
için o hukuki işlemi yapan kişi veya kişilerin sağlıklı bir şekilde oluşmuş iradelerinin bulunması ve
yine bu iradelerinin istenilen hukuki sonuca uygun şekilde açıklanması gerekmektedir”.

⁵⁷ Sözleşmelerin çeşitli tasnifleri için Bkz. Erzurumluoğlu, 31-40; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hu-
kuku Özel Hükümler*, 5. Bası (Ankara: Turhan Kitabevi, 2023), 6-16; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hu-
kuku Özel Borç İlişkileri*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2008), 2-7.

statü sözleşmeleri) ayrımıdır. Taraflar sözleşme yaparken borç doğurma amacında ise ve sözleşme yapıldığında bir borç ilişkisi kuruluyor yahut en azından bir borç ve alacak doğuyorsa borç doğuran sözleşmeler söz konusudur⁵⁸. Borç doğuran sözleşmeler ise kendi içinde; i) borç doğuran tarafın sayısı bakımından; tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler - çok tarafa borç yükleyen sözleşmeler, ii) kanunda düzenlenmiş olup olmaması bakımından; isimli sözleşmeler - isimsiz sözleşmeler, iii) sözleşmenin konusu bakımından; temlik borcu doğuran sözleşmeler - kullandırma sözleşmeleri - iş görme sözleşmeleri - muhafaza sözleşmeleri - teminat sözleşmeleri, iv) sözleşme ilişkisinin süresi bakımından; sürekli edimli sözleşmeler - anî edimli sözleşmeler gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır⁵⁹.

Sözleşme kavramı, sözleşmelerin kurucu unsurları ve geçerlilik şartlarının Metaverse'te yapılan sözleşmeler açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir.

III. METAVERSE'TE SÖZLEŞME

Sözleşme; günlük hayatımızın birçok anında karşı karşıya kaldığımız, hatta çoğu zaman bir sözleşme yaptığımızı dahi fark etmediğimiz, çok yaygın bir hukukî işlemdir. Örneğin, sabah fırından ekmek ya da marketten sakız aldığımızda, hukukî açıdan bir taşınır satış sözleşmesi yapmaktayız. Metaverse'te de bir kişi alışveriş yaptığında ya da bir hizmet alımı konusunda diğer kişilerle anlaşırken bir sözleşme yapmış olmaktadır.

Sözleşmeler yapıldığı andan itibaren tarafları bir hukukî durum içerisine sokmakta ve bu hukukî duruma göre çoğunlukla taraflar açısından hak ve borçlar doğurmaktadır olduğundan, öncelikle bu hukukî duruma giren kişinin yani sözleşmenin tarafının kim olduğu, ne şartlarla ve hangi andan itibaren bu hukukî duruma girdiği, tarafları bu hukukî durum içerisine sokan sözleşmenin hangi şartlarla geçerli ya da geçersiz sayılacağı hususlarının Metaverse'te yapılacak sözleşmeler açısından incelenmesi gerekmektedir.

A. METAVERSE'TE SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulmaktadır olduğundan, bir sözleşmenin var olabilmesi için en az iki taraf ve karşılıklı en az iki irade beyanı bulunmalıdır. Metaverse, yukarıda anlatıldığı üzere tarafların çeşitli vasıtalarla giriş sağladıktan sonra avaturları aracılığıyla faaliyette bulunduğu, oyun oynadığı, diğer kişilerle etkileşime girdiği sanal ortamdır. Sanal ortam olması nedeniyle Metaverse ortamında fiziksel gerçek bir kişi bulunmamaktadır. Bunun yerine kişilerin avaturları bulunmaktadır. Avatar kavramını kısaca, kapa-

⁵⁸ Von Tuhr, 134-140; Oğuzman ve Öz, 43; Eren, *Borçlar Genel*, 204; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017), 15-17.

⁵⁹ Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014), 18-20; Oğuzman ve Öz, 45-48; Eren, *Borçlar Genel*, 207-213; Esener ve Gündoğdu, 15-22; Antalya, 211-221; Zevkililer ve Gökyayla, 26-28; Tandoğan, 2-7.

siteler, yetenekler, nitelikler ve görünüşler insanî nitelikleri temsil eden dijital varlıklar olarak tanımlamak mümkündür. Metaverse ortamında gerçek kişiler tarafından yönlendirilmekte ve yönetilmekte olan avatarlar⁶⁰, tamamen kendisini yöneten gerçek kişinin sanal bir yansıması gibi hareket etmektedir⁶¹. Avatarların kendi başına karar verme, hareket etme, başkalarıyla iletişime geçme, alışveriş yapma, oyun oynama gibi yetileri yoktur. Bu yetilerin tamamı gerçek kişiler tarafından kullanılmakta ve ifa edilmektedir. Elbette bu yetiler ve yetkiler kullanılırken, ilgili ortamın teknolojik olarak ya da ilgili ortam için oluşturulan kuralların izin verdiği ölçüler ile sınırlı olarak hareket edilmektedir.

Metaverse ortamında satış yapan yahut hizmet veren bir kişi ile başka bir kişinin avatari karşılaşır bir sözleşme yaptıklarında da aslında hiçbir varlığı olmayan avatarlar değil, bizzat o avatarları kullanan gerçek kişiler söz konusu olmaktadır. Buradan hareketle Metaverse’te her ne kadar avatarlar görünüyorsa da aslında o sanal ortamda yer alanlar bizzat gerçek kişilerdir demek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle sözleşmenin tarafları bizzat ilgili avatari kullanan gerçek kişilerdir.

Metaverse ortamında kendisi adına sözleşme yapmak üzere başka bir kişiye doğrudan ya da dolaylı temsil yetkisi vermek yahut vekalet sözleşmesi yaparak kendisi adına işlem yapmasını sağlamak da (temsilin mümkün olduğu hallerde) mümkündür. Zira hem temsil yetkisinin verilmesi hem de vekalet sözleşmesi kural olarak hiçbir şekle tabi değildir⁶². Aynı şekilde kural olarak bu yetkilerin kullanıl-

⁶⁰ Ashael, 41-42.

⁶¹ Metaverse ortamında bireyler diledikleri sayıda avatar seçebilmektedirler. Ancak Metaverse’ün bir ileri aşamasında işlem güvenliği gerektiren durumlarda, dijital ikizlerin daha yaygın kullanılmaya başlayacağı öngörülmektedir.

⁶² Arif Barış Özben, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016), 365; Veysel Başpınar, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), 76; Türker Yalçınduran, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), 55; Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, (Ankara: Yetkin yayınları, 1998), 47; Erhan Günay, *Vekalet Sözleşmesi Uyuşmazlıkları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 14; Defne Deniz, *Güven İlkesinin Türk Borçlar Kanunundaki Temsil İlişikisine Yansımaları*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022), 37; Oğuzman ve Öz, 215; Eren, *Borçlar Genel*, 454; Esener ve Gündoğdu, 268; Antalya, 518.

Yarg. HGK, E. 2013/13-1913, K. 2015/1260, T. 22.04.2015; “Borç doğuran sözleşmelerden birisi olan “Vekalet Sözleşmesi”, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)’nın 386/1. maddesinde, “Vekalet, bir akitir ki, onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler” şeklinde tanımlanmıştır.

Vekil, vekalet sözleşmesi gereği başkası adına işler yapmakla yetkilendirilmiş olan kişidir. Vekil bu açıdan bakıldığında, bir avukat, doktor, bankacı, mimar, bir taşınmazı vekaleten satın alan veya satan kimse vb. olabilmektedir.

Bu tanımlamadan vekalet sözleşmesinin unsurları: vekilin, bir iş görme borcunu üstlenmesi, iş görme borcunun, başkasının menfaatine yapılması, iş görme borcunun, müvekkilin iradesine uygun olarak yerine getirilmesi, vekilin, edim sonucunu değil, edim fillini üstlenmesi, vekilin, iş görme borcunu yerine getirirken bağımsız hareket etmesi, ücret (ki bu unsur zorunlu değildir) biçiminde sıralanabilir.

Vekalet sözleşmesi kural olarak, BK’nun 11. maddesinin 1. fıkrası hükmü gereğince hiçbir şekle bağlı değildir. Yazılı olabileceği gibi, sözlü de yapılabilir. Hatta BK’nun 6. maddesi hükmü uyarınca vekalet örtülü olarak (zımnen) verilebileceği gibi zımni kabulle de oluşabilir.

ması da herhangi bir şekilde bağlı değildir. Ancak, bu durumda dış temsil yetkisinin ispatı açısından üç ihtimal ortaya çıkmaktadır. *Birinci ihtimalde*; gerçek dünyadan bir kişi Metaverse'te işlem yapmak üzere başka bir kişiye yetki verdiğinde, gerçek dünyada verdiği yetkiyi ispat edecek temsil belgesi ya da vekaletname gibi araçların Metaverse'e de taşınması gerekecektir. Bu durumda ilgili belgelerin Metaverse platformunun izin verdiği bir dosya formatına çevrilip sonrasında Metaverse'e aktarılması gerekecektir. *İkinci ihtimalde*; Metaverse ortamından bir kişinin gerçek dünyada işlem yapmak üzere başka bir kişiye temsil yetkisi vermesi halinde, Metaverse ortamında NFT yahut desteklenen başka bir formatta oluşturulmuş olan dijital belgenin, dijital görüntüleme vasıtalarıyla görüntülenmesi yahut gerçek dünyada desteklenen başka bir dosya formatına (tiff, png, pdf ve benzeri) çevrilmesi gerekecektir. *Üçüncü ihtimalde ise*; Metaverse ortamında bir kişinin yine Metaverse ortamında olan başka bir kişiye temsil yetkisi vermesi halinde ise temsil yetkisi, Metaverse ortamında oluşturulmuş NFT yahut izin verilen başka bir formatta oluşturduğu yetki belgesini doğrudan sunabilecektir.

Kanunların resmî şekilde yapılmasını öngördüğü (taşınmaz satış sözleşmesi, araç satış sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi) sözleşmelerin Metaverse'te yapılması mümkün olmadığı gibi, bu sözleşmelerin yapılması için vekaletname de Metaverse'te düzenlenemeyecektir. Diğer taraftan Metaverse'te "arsa" olarak bilinen dijital varlıklar, gerçekte arsa olmayıp birer NFT niteliğindedir⁶³ sanal dijital varlıklardır. Yani bunlar taşınır nitelikli gayrimaddi varlıklardır.

Vekalet sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi olduğundan tipik edim bir işin görülmesi veya bir hizmetin yerine getirilmesidir. Vekalet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir akitir. Çünkü vekil, bir edimi ifa borcu altına girmekte ve fakat müvekkil ancak bazı durumların varlığı halinde borç altına girmektedir (BK. m. 386/3).

Kural olarak vekalet sözleşmesinin kapsamı, Borçlar Hukukunun genel hükümlerine ve genel ilkelere bağlı olarak tarafların rızalarına göre belirlenir. Ancak, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturması hukuken olanaklı değildir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği bu emredici kural dışında kalan her konuda vekalet sözleşmesi yapılabilir. Eğer tarafların iradeleri sözleşmenin kapsamının belirlenmesi konusunda yol gösterici değil ise veya sözleşmede bu hususa değinilmemiş ise BK. m. 388/1'in düzenlemesine göre sözleşmenin kapsamı sözleşmenin ilişkin olduğu (taalluk eylediği) işin niteliğine göre belirlenecektir.

Vekile verilen yetki hukuk düzeninin elverdiği ölçüde tüm hukuki işlemleri yapmak yetkisi veriyor ise genel temsil yetkisinde, belirli bir veya birkaç hukuki işlemle sınırlı kalmak üzere yetki verilmişse özel temsil yetkisinden söz edilir.

Temsil yetkisi bir süre ile sınırlı olarak verilmişse yani belirli bir süre içinde kullanılması ve bu sürenin bitimi ile yetkinin de son bulması isteniyor ise süreli temsil yetkisi mevcuttur. Oysa bir süre sınırı konulmaksızın da temsil yetkisi verilebilir. İşte bu biçimde verilen temsil yetkisinin bir süre ile sınırlandırılmaksızın her zaman kullanılabilmesi imkânı vekile tanınmış ise süresiz temsil yetkisinde söz edilir (HGK'nun 04.05.2011 gün ve E: 2011/13-161, K: 2011/276 sayılı ilamı)".

⁶³ Kelime anlamı "taklit edilemez jeton (token)" olan NFT'nin, Türkçe karşılığı olarak "nitelikli fikrî tapu" ifadesi kabul edilmiştir. NFT'ler; tablolar, fotoğraflar, sanal arsalar ve yapılar, oyunlar gibi fikrî ürünlerin ya da herhangi bir varlığın blok zincir teknolojisiyle kriptografik şekilde üretilmiş halidir. NFT'ler diğer kripto varlıkların aksine, misli değildir. Yani birinin yerine diğerinin ikame edilmesi mümkün değildir.

NFT'ler bizzat kendilerinin de eser niteliğinde olması nedeniyle özellikle fikrî mülkiyet konusunda sıkça gündeme gelmekte ise de sadece sanat eserlerinin değil, niteliği elverdiği ölçüde diğer

Bu nedenle, bunların alım ve satımı herhangi bir şekilde tabi değildir. Aynı şekilde bu işlemler için verilecek olan temsil belgesi ve vekaletname de herhangi bir şekilde tabi değildir.

B. METAVERSE'TE İRADE BEYANLARI

1. Metaverse'te İradelerin Beyanı

Yukarıda açıklandığı üzere, Metaverse ortamında her ne kadar avatarlar görünür durumda ise de aslında bunun arkasında o avatarı kullanmakta olan, onu yönlendirip yöneten bir gerçek kişi bulunmaktadır. Avatarın yaptığı her hareket aslında onu kullanan gerçek kişinin hareketi, avatarın yaptığı her işlem ise onu kullanan gerçek kişinin yaptığı işlemidir. Metaverse ortamında herhangi bir sözleşme yapıldığında, bu sözleşmenin kurucu unsurlarını oluşturan iradeler, ilgili avatarı kullanan gerçek kişiye aittir. Bu gerçek kişi kendi iradesini avatar aracılığı ile beyan etmektedir.

TBK, m. 1/2 uyarınca irade açıklaması açık veya örtülü olabilir. Yani herhangi bir şekilde tabi değildir. Bu nedenle gerçek dünyada yapılan sözleşmelerdeki gibi metaverse ortamında da iradenin beyan edilmesi herhangi bir şekilde tabi olmaması gerekir. Daha açık bir ifade ile bu beyan sözlü, yazılı (ortamda beliren yazılar şeklinde), baş sallama şeklinde ya da herhangi bir şekilde yapılabilir. Yeter ki iradenin beyan edildiği anlaşılabilsin⁶⁴.

Kanımızca iradenin avatar aracılığıyla beyan edilmesinde herhangi bir sınıkla yoktur. Avatar aracılığıyla herhangi bir şekilde ifade ve beyan edilen irade, geçerli şekilde açıklanmış sayılır. Ancak sözleşmenin kurulması açısından irade beyanının yeterli sayılabilmesi için diğer geçerlilik şartlarının da bulunması gereklidir⁶⁵. Bu kapsamda bir avatar tarafından açıklanmış olan irade beyanının ya kendisiyle sözleşme yapılmak istenen bir ya da birden çok kişiye (ya da kişinin avatarına) yöneltilmesi yahut genele yönelik bir irade beyanı olması gerekir⁶⁶.

varlıkların da NFT formunda ifade edilebilmesi mümkündür. Metaverse ortamında oluşturulmuş olan sanal çevre (sanal arsalar, dağlar, tepeler, şehirler, yapılar ve her şey) birer NFT niteliği taşımaktadır.

⁶⁴ Tuğçe Taşdemir, Türk Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Şekil, (İstanbul: Platon Plus Yayıncılık, 2023), 34; Özbilen, 28; Nahide Siller, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Web Sitesi Vasıtasıyla Sözleşmelerin Kurulması*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019), 71; Meltem Çekirdek Totan, *İnternet Üzerinden Satış Konu Edinen Sözleşmelerin Belirleyici Özellikleri*, (İstanbul: Platon Plus Yayıncılık, 2022), 131; Oğuzman ve Öz, 56; Eren, *Borçlar Genel*, 261; Esener ve Gündoğdu, 44; Antalya, 92.

⁶⁵ Yarg. HGK. E. 2012/14-606, K. 2013/212, T. 06.02.2013; "İcap, karşı tarafa (muhabata) akdi kurma olanağını verir ve icapta bulunan buna engel olamaz. Böyle bir etkinin meydana gelebilmesi için, icabın hukuki işlemlerde aranan geçerlilik şartlarını haiz olması ve yapılacak akdin esaslı unsurlarını taşıması gerekir. Yapılan beyanın akdin esaslı unsurlarını taşıması bir icap değil, icaba davette bulunma niyetinden de ileri gelebilir".

⁶⁶ Genele yapılmış öneri kavramı için Bkz. Taşkın, 19-24; Çekirdek Totan, 131; Oğuzman ve Öz, 51; Eren, *Borçlar Genel*, 259.

TBK, m. 8/2'ye göre; “*Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır*”. Örneğin Metaverse ortamında açılmış olan bir mağazada satılmak üzere sergilenmekte olan ürünler açısından mağaza sahibinin genele açık icapta bulunduğunu kabul etmek mümkündür⁶⁷. Diğer taraftan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 6/1 maddesinde; “*Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz*” hükmü yer almaktadır⁶⁸. Şu hâlde Metaverse mağazasında sergilenen ancak fiyatı yer almayan bir ürünün tüketici durumunda olan bir kişiye (avatara) satışından da kaçınılamayacaktır.

Metaverse'te yapılan irade beyanının icap sayılması için öneriyi yapan avatarın, karşı taraftaki avatarın yahut Metaverse ortamından herhangi bir avatarın (genele öneri) kabulü halinde sözleşmenin kurulmasını arzu etmesi gerekir. Böyle bir arzu taşımayan irade beyanının öneri olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu durumda ilgili irade beyanını öneriye davet olarak kabul edebilmek mümkündür⁶⁹.

Örtülü ya da açık ne şekilde beyan edilmiş olursa olsun, geçerli şekilde yapılmış bir irade beyanı sahibini bağlar. Metaverse ortamında geçerli şekilde yapılmış bir öneri, karşı tarafa kabul beyanıyla sözleşmeyi kurma imkânı verir, geçerli şekilde yapılmış bir kabul beyanı ise sözleşmeyi kurar⁷⁰. Bu nedenle Metaverse ortamında yapılmış olan geçerlilik şartlarını taşıyan bir irade beyanları da sahibini bağlar. Hem öneri hem de kabul beyanları ile ilgili olarak, irade beyanının sahibini bağlamayacağı durumlar⁷¹, Metaverse ortamında yapılan irade beyanları için de geçerlidir.

⁶⁷ Fiyatı gösterilerek mal sergilenmesinin hangi hallerde öneri sayılacağına dair Bkz. Taşkın, 19-20; İnternet üzerinden yapılan satışlarda fiyatı gösterilerek mal sergilemenin öneri sayılıp sayılmayacağı ile ilgili Bkz. Çekirdek Totan, 133-135.

Yarg. HGK. E. 2012/14-606, K. 2013/212, T. 06.02.2013; “*Böyle bir etkinin meydana gelebilmesi için, icabın hukuki işlemlerde aranan geçerlilik şartlarını haiz olması ve yapılacak akdin esaslı unsurlarını taşıması gerekir. Yapılan beyanın akdin esaslı unsurlarını taşıması bir icap değil, icaba davette bulunma niyetinden de ileri gelebilir*”.

⁶⁸ Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 8. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 93.

⁶⁹ Çekirdek Totan, 132; Oğuzman ve Öz, 51; Eren, *Borçlar Genel*, 261; Esener ve Gündoğdu, 47; Antalya, 91.

⁷⁰ Taşkın, 55; Çekirdek Totan, 136; Oğuzman ve Öz, 68; Eren, *Borçlar Genel*, 265; Antalya, 272; Hatemi ve Gökyayla, 34.

⁷¹ TBK, m. 8/1 uyarınca öneren, önerisi ile bağlı olmama hakkının yahut TBK m. 10 uyarınca öneriden dönme hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz. Bunun yanında önerinin reddedilmesi, kabul zamanının geçmesi ve önerenin yahut karşı tarafın önerinin yapılmasından sonra ehliyetini kaybetmesi veya ölmesi durumlarında da önerinin bağlayıcılığı sora erer.

Önerinin bağlayıcılığının sona erme durumları için Bkz. Taşkın, 64-69.

2. Metaverse’te İrade Beyanlarının Birbirine Uygunluğu

Yukarıda değinildiği üzere, sözleşmenin kurulabilmesi için irade beyanlarının yani öneri ve kabulün birbirine uygun olması gerekir. Aksi halde yani irade beyanları sözleşmenin objektif ve subjektif esaslı unsurları açısından birbirine uygun değilse sözleşmenin kurulmasından bahsedilemez. Metaverse ortamında gerçek kişiler yerine onların avaturları yer almakta olup, iradeler bu avaturlar vasıtasıyla beyan edilmekte olduğu için avaturlar aracılığıyla beyan edilen iradelerin birbirine uygun olması gerekmektedir.

Metaverse ortamında da tarafların irade beyanlarının varlığı ve içeriği, irade beyanları açık değilse, irade beyanlarının, yorumu ve sözleşmenin kurulup kurulmadığının tespiti güven teorisi⁷² kapsamında değerlendirilir. Buna göre; bir kişi başka bir kişiye ait bir avatar tarafından yapılmış olan herhangi bir davranışı kendisine yapılmış bir irade beyanı olarak kabul etmekte dürüstlük kuralı uyarınca haklı ise, bu irade beyanının var olduğu kabul edilmeli ve irade beyanının içeriği de güven teorisi kapsamında yorumlanmalıdır. Örneğin; Metacoin ile satış yapılan bir meta mağazada sergilenmekte olan bir ürünün fiyat etiketinde 100 ibaresi bulunuyor ancak para birimi yazmıyorsa, (hemen üst başlıkla izah edildiği üzere) satıcı (A)’nın öneri yaptığını kabul etmekte, alıcı (B) haklı kabul edilmelidir. Ancak, alıcı (B), mağazada ürünlerde ve vitrinlerde Türkçe kullanıldığını, satıcının da Türk olduğunu, bu nedenle satış fiyatının Metacoin değil Türk lirası olduğunu düşündüğünü iddia edememelidir.

Normal sözleşmelerde olduğu gibi, Metaverse ortamında sözleşmenin de kurulmuş sayılması için tarafların sözleşmenin objektif esaslı unsurlarında an-

⁷² Güven teorisine göre; bir kimse karşı tarafın herhangi bir davranışını dürüstlük kuralı uyarınca irade beyanı saymakta haklı görünüyorsa, bu davranış irade beyanının unsurlarını taşımasa dahi irade beyanı sayılır.

Güven teorisi için Bkz. Deniz, 24-26; Taşkın, 179-183; Çekirdek Totan, 132.

Yarg. HGK, E. 2018/635, K. 2022/286, T. 10.03.2022; "Borçlar Kanunu 18. (TBK 19) maddede sözleşmelerin yorumu düzenlenmiştir. Bu hükme göre; bir sözleşmenin şekil ve şartlarını tayininde, iki tarafın gerek sehven gerek sözleşmedeki gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak, onların gerçek ve müşterek amaçlarını aramak lâzımdır. Bu hüküm yorum bakımından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) 1. maddede yer alan ve kanunların yorumlanmasında esas alınan "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır." hükmünün sözleşme hukukuna yansımaları niteliğindedir.

Sözleşmenin yorumu sözleşmede yer alan iradenin gerçek amacının ne olduğunu belirlemeyi sağlar. Sözleşmenin yorumunda bazen subjektif değerlendirmeler de önem taşıyabilir ise de ortalama bir standart ve objektifleşebilmenin sağlanması için güven teorisi ile hareket edilmelidir. Güven teorisi irade açıklamasının muhatabından karşı tarafın gerçek amacını belirleme konusunda çaba harcamasını kendi subjektif değerlendirmesi ile yetinmemesini arar.

Yorum yapılırken sözleşmedeki sözcükler (lafız) önem taşır. Ancak bazen en açık sözcükler bile gerçek iradenin belirlenmesinde önem taşıyabilir. Bunun dışında sözleşme öncesi görüşmeler ve işlemler, taraflar arasındaki o güne kadarki ilişkiler de göz önünde tutulmalıdır. Güven teorisi sadece irade açıklamalarının yorumunda değil beyan hatasının bulunup bulunmadığının tespitinde, yanlış anlaşılabilir hükümlerin açıklığa kavuşturulmasında, sözleşmelerde saklı tutulan konularda ve sözleşmenin tamamlanmasında (tamamlayıcı yorumunda) da başvurulan bir yorum metodudur".

laşmış olması yeterlidir (TBK m. 2). Sözleşmenin kurulması için, tarafların irade beyanındaki uyuşma sözleşmenin tüm içeriğini kapsamak zorunda değildir. Metaverse ortamında esaslı unsurlarda anlaşılan taraflar daha ikincil unsurları kararlaştırabileceklerdir.

C. METAVERSE'TE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN KURULMA ANI

Türk hukukunda sözleşmelerin kurulma ânı, hazır olanlar arasında yapılan kabul beyanının yapıldığı anda (TBK m. 4); hazır olmayanlar arasında ise kabul beyanının karşı tarafa ulaştığı (vardığı) anda (TBK m. 5) sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir⁷³.

TBK m. 4/2 uyarınca; “*Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır*”. Maddede açıkça sadece telefon ve bilgisayar ile yapılan değil, bunlar gibi iletişim sağlayabilen tüm araçlarla yapılan doğrudan iletişim esnasında yapılan öneri de hazır olanlar arasında yapılmış öneri olarak kabul edilmiştir⁷⁴. Şüphesiz sadece öneri değil, bu şekilde yapılan kabul beyanının da hazırlar arasında yapılmış sayılacağını kabul etmek gerekir. Metaverse ortamı, tarafların avaturları aracılığıyla aynı anda bir arada bulunabildiği, bilgisayar, cep telefonu, tablet veya gerekli özellikleri sağlayan diğer araçlar ve VR ekipmanları aracılığıyla bağlandıkları bir sanal gerçeklik ortamıdır. Metaverse'te taraflar birbirleri ile anlık yani doğrudan sözlü ya da yazılı iletişim kurabilmektedir. Yani Metaverse ortamında yapılan iletişim doğrudan bir iletişim şeklinde gerçekleşebilmektedir. Bu doğrudan iletişim esnasında yapılan öneri ve kabul beyanları da hazır olanlar arasında yapılmış kabul edilmelidir.

Yapılan açıklamalar kapsamında; Metaverse ortamında kabul için süre belirleyerek bir sözleşme yapılmasını öneren, bu sürenin sona ermesine kadar önerisiyle bağlı olacaktır. Kabul bu süre içinde kendisine (Metaverse ortamında yahut başka bir şekilde) ulaşmazsa; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulacaktır (TBK m. 3). Kabul için süre belirlenmeksizin Metaverse ortamında karşılıklı avaturlar aracılığıyla yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulacaktır (TBK m. 4/1). Kabul için süre belirlenmeksizin Metaverse'te çevrimiçi olmayan

⁷³ Taşkın, 141; Oğuzman ve Öz, 73-74; Eren, *Borçlar Genel*, 276-277; Esener ve Gündoğdu, 75-76; Antalya, 273-274; Hatemi ve Gökyayla, 36.

⁷⁴ Yarg. 6. HD, E. 2015/26417, K. 2017/8726, T. 28.09.2017; “*Sözleşme; Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği gibi tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Yani taraflardan biri icap (öneri) de bulunmakta, diğer taraf ise kabul beyanında bulunmakta ve böylece sözleşme kurulmaktadır. İcap (öneri); bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için gerekli olan iki irade açıklamasından zaman itibarıyla ilk önce yapılandır. Kabul ise, kendisine yapılan icapla bağlı olduğuna ilişkin tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gerekli irade açıklamasıdır. TBK 4. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, kabul için süre belirlenmezse hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur, ve yine telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır*”. Çekirdek Totan, 139-140.

bir kişiye yapılan (örneğin; posta kutusuna not düşülen, ya da mesaj iletilen) öneri, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar, önereni bağlayacaktır⁷⁵. Muhatabın posta yahut mesaj kutusuna ileti göndermek suretiyle öneri yapan kişi, önerisini zamanında ulaşmış sayabilecektir. Zamanında gönderilen kabul, önerenin uzun süre çevrimiçi olmaması veya benzeri sebeple önerene geç ulaşır ve öneren onunla bağlı olmak istemezse, durumu hemen kabul edene bildirmek zorundadır (TBK m. 5).

Öneri veya kabulün geri alma açıklaması, diğer tarafa gönderilen irade beyanından önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa (Örneğin; Metaverse ortamında çevrimdışı olan kişiye mesaj bırakmak yoluyla yapılmış olan öneri, gerçek hayatta muhatabı telefonla aramak suretiyle geri alınırsa) öneri yapılmamış sayılacaktır (TBK m. 10).

Karşılıklı tarafların Metaverse’te çevrimiçi şekilde karşılıklı anlık iletişim suretiyle kurdukları sözleşme, kurulma anından itibaren hüküm ifade etmeye başlayacaktır. Her iki tarafın çevrimiçi bulunmadığı, birbirine farklı zamanlarda mesaj bırakmak suretiyle sözleşmeler, kabul mesajının önerenin mesaj kutusuna bırakıldığı (gönderildiği) andan başlayarak hüküm doğuracaktır. Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğuracaktır (TBK m. 11⁷⁶).

D. METAVERSE’TE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN SİHHATİ

1. Kesin Hükümsüzlük Halleri Açısından

Borçlar hukukunda “sözleşme serbestisi” olarak adlandırılan temel ilkeye göre; bir sözleşmenin tarafları, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler (TBK, m. 26⁷⁷). Ancak hiçbir sözleşme ka-

⁷⁵ Yarg. 6. HD, E. 2015/9617, K. 2016/4542, T. 09.06.2016; “Taraflar arasındaki iletişim, telefon, elektronik posta ve faks vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir. Elektronik posta iletişiminin işleyişinde taraflar arasında doğrudan doğruya bir iletişim bulunmadığından elektronik posta ile yapılan irade beyanı hazır olmayanlar arasında yapılmış bir irade beyanıdır. Elektronik posta vasıtasıyla iletişimde yazılı metnin muhatabın elektronik posta adresine gönderilip muhatabın elektronik posta kutusuna kaydedilmekle öneri (irade beyanı) muhatabın hakimiyet alanına girmiş sayılır. Öneriyi kabul beyanı elektronik posta veya onun hızına eş değer bir iletişim yolu ile telefon, faks veya telex yolu ile de yapılabilir. Öte yandan bu iletişim yolları ile kurulan kira sözleşmesinde kabul ve sözleşmenin kurulduğu anın kullanılan iletişim yollarının özelliğine göre Borçlar Kanun’unun konuyu düzenleyen ilgili maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir”. Çekirdek Totan, 141.

⁷⁶ Çekirdek Totan, 142; Oğuzman ve Öz, 73-74; Eren, *Borçlar Genel*, 277; Antalya, 275; Hatemi ve Gökyayla, 37.

⁷⁷ Yarg. HGK. E. 2017/13-602, K. 2020/283, T. 10.03.2020; “... 6098 sayılı TBK m. 26. Maddesinde bir sözleşmenin içeriğinin, bu sözleşmenin taraflarınca kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirlenebileceği düzenlemesi yer almaktadır. Bu temel kuralın istisnası ise 27. maddede ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu açıklanmıştır.

Sözleşme serbestisi kavramının temeli irade özgürlüğüne dayalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın irade özgürlüğüne ilişkin hükümleri (m. 12/1, 13, 17/1, 19, 35/1, 48/1, vb.) göstermektedir ki; hukuk sistemimiz kişilerin irade özgürlüğüne sahip olduğunu temel bir ilke olarak benimsemiştir.

nunların emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına⁷⁸ aykırı olmayacağı gibi, sözleşmenin konusu imkânsız da olamaz. Aksi halde sözleşme kesin hükümsüz (batıl - mutlak butlan) hale gelir (TBK m. 27/1⁷⁹). Bunların yanında irade beyanında bulunan kişinin tam ehliyetsizliği yani ayırt etme gücünün olmaması (TMK m. 15) sözleşmenin muvazaalı olması (TBK m. 19) ve öngörül-müş olan yasal ya da iradî şekle uyulmaması (TBK m. 13, 17) durumlarında da sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Borç doğuran sözleşmeler açısından kesin hükümsüzlük hallerinin ileri sürülmesi için ayrı bir dava açmaya gerek yoktur. Bu haller her zaman ve herkes tarafından ileri sürülebileceği gibi, hâkim tarafın-dan da kendiliğinden göz önüne alınacaktır⁸⁰.

Kanun sanal ortamlarda yapılan sözleşmeler ile ilgili genel bir kısıtlama yapmadığı için sözleşme serbestisi ilkesinin ve sınırlarının Metaverse'te yapılan sözleşmeler açısından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Buna göre taraf-lar Metaverse'te de sözleşme serbestisi sınırları içerisinde istedikleri sözleşmeyi yapabilirler. Sözleşmelerin geçerliliğine dair hükümler de Metaverse ortamında yapılan sözleşmeler açısından aynı şekilde geçerlidir. Hükümsüzlük hallerinin ileri sürülmesi de gerçek dünya ile aynı hükümlere tabidir.

Sözleşme serbestisi ilkesi hiç şüphesiz şekil serbestisini de içermektedir⁸¹. Sözleşmelerin geçerliliği kanunlarda öngörülmedikçe hiçbir şekle tabi değildir

Felsefi bir görüş olan irade özgürlüğü, kişilerin her alanda özgürleştirilmesini ilke edinmiş ekono-mik ve politik bir doktrindir. Bu ilkenin borçlar hukukundaki yansıma şekli olan sözleşme özgürlü-ğü modern hukuk sistemlerine esas alınmış ise de, yirminci yüzyılda yoğun bir biçimde yaşanan savaşlar ve devletlerin sosyal devlet rolünü benimsemeleri, bu ilkenin yeniden ele alınarak değ'erlendirilmesine sebep olmuş ve bu bağlamda sözleşme özgürlüğüne önemli birtakım sınırlandı-rmalar getirilmiştir ve bu sınırlamalar artarak devam etmektedir"

⁷⁸ Yarg. HGK. E. 2016/22-1030, K. 2020/164, T. 18.02.2020; "Sözleşme içeriğinin özgürce belirlen-mesinin sınırlarından birisi sözleşme içeriğinin kişilik haklarına aykırı olmasıdır. Gerçekten kişilik haklarının en iyi şekilde korunması, modern hukuk sistemlerinin temel amaçlarından biridir. Bu nedenle kanunlarımızda kişiliği koruyan birçok düzenleme bulunmaktadır. Örneğin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 23. maddesinde; kimsenin kısmen de olsa hak ve fiil ehliye-tinden, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve özgürlüklerini hukuka veya ahlâka aykırı olarak sınırlayamayacağı düzenlenmiştir.

Bir bütün olarak kişilik hakkı ve içerdiği değerler sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturduğundan bu hakka ve bu hakkın içerdiği değerlere aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür"

⁷⁹ Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının kesin hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez (Nisbî butlan). Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur (TBK m. 27/2).

⁸⁰ Oğuzman ve Öz, 176; Eren, *Borçlar Genel*, 35; Esener ve Gündoğdu, 242-243; Antalya, 131.

⁸¹ Sözleşme serbestisi; sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğü, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve değiştirme özgürlüğü, şekil özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü gibi alt görünümlere sahiptir.

Şekil serbestisi ilkesi için Bkz. Başpınar, 76; Altaş, 47, Özbilen, 25-31; Yavuz, 15; Zevkililer ve Gökyayla, 6-22. Taşdemir, 34; Nahide Siller, 71; Kılıçoğlu, 17; elektronik satış sözleşmelerinin şekli için Bkz. Çekirdek Totan, 146-147.

Yarg. HGK. E. 2021/463, K. 2023/217, T. 15.03.2023: "Türk Hukukunda, prensip olarak şekil serbestisi kabul edilmiş olmakla birlikte Kanunla veya taraf iradesi ile birtakım işlemlere şekil şartı getirilmesi mümkün kılınmıştır. Şekle bağlanan işlemlerin de bu şarta uygun olarak gerçekleştiril-

(TBK m. 12). Kanunda Metaverse’te yapılan sözleşmeler ile ilgili herhangi bir hüküm olmadığı için en azından şimdilik Metaverse’te yapılan sözleşmelerin geçerliliği de hiçbir şekilde tabi değildir. Ancak meta mağazaların satış yapmaya başlaması ile birlikte, özellikle TBK’da, TKHK’da, Elektronik Ticaret Kanununda (ETK), Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde ve diğer ilgili mevzuatta yer alan sözleşmelerin şekline dair hükümlerin Metaverse için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekecektir.

2. İrade Beyanlarının Sıhhati Açısından

Gerçek dünyada olduğu gibi Metaverse ortamında da sözleşmenin geçerli şekilde doğup hükümlerini sıhhatli şekilde doğurabilmesi için, sözleşmenin kurucu unsuru olan irade beyanlarının sıhhatli olması gerekmektedir. Daha açık bir ifade ile irade beyanları yanılma, korkutma yahut aldatma ile sakatlanmış olmalıdır⁸².

TBK’nın 30. maddesi; “Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz” hükmünü içermektedir. Buna göre, tıpkı gerçek hayatta olduğu gibi Metaverse ortamında yapılan sözleşmelerde de sözleşme kurulurken

rilmedikleri takdirde geçersiz olacakları öngörülmüştür. Bu husus Kanun’un açıkça şekle tâbi kıldığı işlemlerin belirtilen şekilde yapılmadıkları takdirde geçerli olmayacakları ifadesine yer veren 6098 sayılı Kanun’un 12 nci maddesi ve yine aynı Kanun’un taraflarca özel bir şekilde bağlanan işlemlerin tâbi oldukları şekilde yapılmadığı takdirde tarafları bağlamayacağı yönündeki 17 nci maddesinin ifadesinde de açıkça anlaşılmaktadır”.

⁸² Yarg. HGK, E. 2021/814, K. 2023/268, T. 29.03.2023; “Belirtmek gerekir ki, bir hukuki işlemin geçerli ve amacına uygun hukuki sonuçlar doğurabilmesi için o hukuki işlemi yapan kişi veya kişilerin sağlıklı bir şekilde oluşmuş iradelerinin bulunması ve yine bu iradelerinin istenilen hukuki sonuca uygun şekilde açıklanması gerekmektedir.

İrade bozukluğu kavramının iki farklı yönü bulunmakta olup, bunlardan ilki iradenin henüz oluşum evresindeki sakatlık, diğeri ise iradenin açığa vurulması (beyanı-bildirimi) evresinde meydana gelen sakatlıktır.

İrade bozukluğu hâlleri mülga 818 sayılı BK’nda “Rızadaki fesat” başlığı altında “Hata”, “Hile” ve “İkrah” olarak 23 ilâ 31 inci maddeler arasında hükme bağlanmış iken, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK’nın 30 ilâ 39 uncu maddeleri arasında bu defa “Yanılma”, “Aldatma” ve “Korkutma” başlıkları altında düzenlenmiştir.

Görülebileceği üzere Türk Borçlar Hukuku sisteminde iradeyi bozan sebepler üç durum olarak hüküm altına alınmış olup, yanılma (hata), aldatma (hile) ve korkutma (ikrah) gerçekleşme biçimleri bakımından birbirinden farklıdır.

Kanunda aldatmanın tanımına doğrudan yer verilmemiş ise de aldatma (hile); genel olarak, bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanıyı korumak yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır. Yanılma (hata) ise; irade ile beyan arasında istemeyerek meydana gelen bir uyumsuzluk hâlidir. Hatada yanılma, hilede ise kasıtlı olarak yanılma söz konusudur.

Türk Hukukunda irade bozukluğuna bağlanan yaptırım ise bir kesin hükümsüzlük (butlan) hâli değildir. Mülga BK’nın 23 ve devamı maddelerinde “...ilzam olunamaz” (BK, md. 23), “...o akit ile ilzam olunmaz” (BK, md. 28), “...kendi hakkında lüzum ifade etmez” (BK, md. 29/1), TBK’nda ise “... bağlı olmaz” (TBK, md. 30), “...sözleşmeyle bağlı değildir” (TBK, md. 36/1 ve md. 37/1) ibareleri kullanılmak suretiyle irade bozukluğuyla yapılan sözleşmelerin, iradesi hata, hile veya ikrahla sakatlanan kimseyi bağlamayacağı öngörülerek, bu kişiye belli bir süre içerisinde kullanılabileceği iptal hakkı tanımıştır”.

esaslı yanılmaya düşen taraf sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Esaslı olmayan yanılma durumunda yanılan taraf sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulamaz⁸³.

Metaverse ortamında yapılan sözleşmelerde yaşanabilecek diğer esaslı yanılma halleri gerçek dünyada yaşanacak esaslı yanılma halleri ile benzer niteliktedir. Esaslı yanılma hallerinin farklı şekillerde Metaverse ortamında da ortaya çıkması söz konusu olabilir. Ancak Metaverse ortamında “kişide yanılma” (TBK m. 31/1, b. 3 ve b. 4) konusunun üzerinde ayrıca durmakta fayda bulunmaktadır. Yukarıda arz edildiği üzere gerçek dünyadan farklı olarak Metaverse ortamında kişiler sözleşme yaparken karşılarında gerçek kişiler değil avatarlar bulunmaktadır. Avatarlar tarafından ifade edilen herhangi bir husus ise avatarın sahibi olan gerçek kişiyi borç altına sokmaktadır. Ancak özellikle karşımızdaki avatarın, gerçekten belirttiği kişiye ait olup olmadığını bilebilmemiz çoğu zaman mümkün görünmemektedir. Örneğin; (A) kişisine ait olduğu düşünülen (X) avatarı ile (B) kişisine ait olduğu düşünülen (Y) avatarı Metaverse’te bir araya gelerek, (A) kişisi tarafından Metaverse ortamında kullanılacak sanal bir sınıf oluşturulması ve bunun karşılığında (B) tarafından (A)’ya 1000 Metacoin ödeme yapılması konusunda görüşmeler yapıp anlaşmış olduğunda, sözleşmenin karşılıklı borçları (A) ve (B) nezdinde doğacaktır. Ancak gerçekte (X) avatarı (A) kişisine yahut (Y) avatarı (B) kişisine ait değil ise (Örneğin isim benzerliği nedeniyle karıştırma söz konusu ise) karşı taraf kişide yanılma nedeniyle ortaya çıkan iptal hakkını kullanabilecektir. Metaverse’ün mevcut gelişmişlik durumunda avatar ile gerçek hayattaki kişiyi doğrudan ve doğ-

⁸³ Eren, *Borçlar Genel*, 398; Oğuzman ve Öz, 92; Antalya, 306; Hatemi ve Gökyayla, 98. Yarg. 1. HD, E. 2018/5304, K. 2020/4374, T. 23.09.2020; “Sözleşmenin konusu, niteliği ve ödenecek miktar gibi hususlarda dikkatsizliği veya bilgisizliği sonucu gerçek iradesine uymayan beyanda bulunmak suretiyle esaslı hataya düşen tarafın sözleşme ile bağlı sayılmayacağı kuşkusuzdur. Hemen belirtmek gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) tıpkı 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) gibi esaslı hatanın (yanılmanın) tanımı yapılmamış, 31 ve 32. maddede sınırlayıcı olmamak üzere örnekler gösterilmiştir. Kısaca iç irade ile açıklanan irade arasındaki bilmeyerek yapılan uyumsuzluk olarak tanımlanan hatanın (yanılmanın) esaslı kabul edilebilmesi için, uygulamada ve bilimsel alanda ortaklaşa benimsendiği gibi, girilen taahhüdün başlıca sebebini teşkil etmesi, daha açık söyleyişle hem yanılıya düşen taraf, yönünden (sübjektif unsur), hem de iş hayatındaki dürüstlük kuralları (objektif unsur) açısından, hataya düşülme idi böyle bir sözleşmenin hiç veya açıklanan biçimde yapılmayacağıının ispatlanması zorunludur. Bu koşulların varlığı halinde hataya düşen taraf, isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırılabılır ve verdiği şeyi geri isteyebilir. Yeter ki hatanın ileri sürülmesi TBK’nın 35. (BK’nın 25) ve TMK’nın 2. maddesinde hükme bağlanan dürüstlük kuralına aykırı olmasın”.

Bunlarla sınırlı olmamakla birlikte özellikle; i) Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa, ii) Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa, iii) Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa. iv) Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa. v) Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa (TBK m. 31), vi) Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması, bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması halinde ve bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması halinde (TBK, m 32), yanılma esaslı sayılır. Oğuzman ve Öz, 93-97; Eren, *Borçlar Genel*, 400-407; Esener ve Gündoğdu, 130-140; Antalya, 307.

ru şekilde eşleştiren bir sistem henüz kullanılmamaktadır. Ancak kişilerin dijital ikizlerinin oluşturulmasına ve meta ortamlarda bu dijital ikizleriyle yer almasına yönelik çalışmalar devam etmektedir. Dijital ikizlerin, kişilerin gerçek dünyadaki halleri ile boy, kilo, saç, yüz hatları, vücut hatları, ses tonları gibi tüm özellikleriyle birebir aynı olacağı ve sistem girişlerinin birebir eşleşmenin kurulmasından sonra sağlanacağı, bu çalışmalar sonuçlandırıldığında - tıpkı günümüzde elektronik imza ile atılan imzanın inkâr edilememesi gibi - dijital ikiz tarafından yapılan işlemlerin de inkâr edilemeyeceği, bu şekilde işlem güvenliğinin elektronik imzanın bir ileri seviyesine taşınacağı düşünülmektedir. Dijital ikiz sisteminin kullanılmaya başlamasından sonra, Metaverse ortamında kişide yanılma sorununun önemli ölçüde çözüleceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Aynı sorun aldatma durumunda da karşımıza çıkmaktadır. TBK'nın 36. Maddesine göre; “*Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir*”⁸⁴. Yukarıdaki örnekte (X) avatari (B)’yi aldatmak için (A) kişisine ait olduğunu belirtmiş ancak gerçekte (U) kişisine ait ise, (B) aldatma nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkını kullanabilecektir.

İradeyi sakatlayan diğer sebep olan korkutma fiilinin de Metaverse ortamında yapılması söz konusu olabilir. Hem gerçek dünyada hem de Metaverse ortamında kendisinin yahut yakınının kişilik haklarına ve malvarlığına yönelik yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise korkutma gerçekleşmiş sayılmalıdır⁸⁵.

⁸⁴ Yarg. HGK. E. 2017/1-1831, K. 2020/549, T. 08.07.2020; “*Bilindiği üzere hile (aldatma), genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır. Hatada yanılma, hilede ise yanılma söz konusudur. 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 36/1. (818 s. Borçlar Kanununun 28/1) maddesinde açıklandığı üzere taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla sözleşme yapmaya yöneltilmişse yanılma (hata) esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz. Değinen koşulların varlığı halinde aldatılan taraf hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldıracaktır ve verdiği şeyi geri isteyebilir.*

Öte yandan, hile her türlü delille ispat edilebileceği gibi iptal hakkının kullanılmasında hiçbir şekilde bağlı değildir. Aldatmanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde karşı tarafa yöneltilen bir irade açıklaması, defî yahut dava yoluyla da kullanılabilir”.

⁸⁵ Yarg. HGK. E. 2017/1-1212, K. 2021/304, T. 18.03.2021; “*Bu maddeye göre öncelikle diğer tarafın belirli bir hukuki işlemi yapması için onu korkutmaya yönelik bir eylemin bulunması ve bu eylemin hukuka aykırı olması gerekir. Bu eylem, korkutulan kişinin irade ve kararına etki etme amacıyla gerçekleştirilmelidir. Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı tehdidi ile (dava açılacağı, icra takibi yapılacağı, şikâyet hakkının kullanılacağı gibi) sözleşme yapıldığında ise bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması hâlinde, korkutmanın varlığı kabul edilir. Bu hükümle kişilerin hak ve yetkilerini kanunun öngördüğü amaç ve sınıra dışına çıkararak, bir sözleşmenin yapılmasında tehdit unsuru olarak kötüye kullanılması engellenmek istenmiştir.*

İkinci olarak eylemin karşı tarafta esaslı bir korku uyandırmış olması, yani karşı tarafın kendisine veya yakınlarına yönelmiş ağır bir tehlike söz konusu olmalıdır. Bu tehlike, onların hayat ya da kişilik haklarına yönelik olabileceği gibi namus yahut mal varlığına yönelik de olabilir. Belirtilmelidir ki tehdidin yöneldiği hayat, kişilik hakları, namus gibi olgular Kanun'da sınırlayıcı olarak sayılmamıştır... Tehdidin esaslı olup olmadığı ise korkutulan kişinin hâl ve mevkiine yani tehlide maruz kalan kişinin subjektif durumuna (kadın veya erkek oluşu, yaşı, kültürü, yetişme tarzı, mesleği,

Bu anlamda Metaverse ortamında kendisinin veya yakınlarının zarar tehlikesinin öngörülmesi konumuz açısından önem arz etmektedir. Zira her ne kadar günümüzde hayatımızın her alanında çok yoğun olarak kullanılıyor olmasa da özellikle ilerleyen yıllarda tıpkı bugün kullanmakta olduğumuz sosyal medya hesaplarımız gibi meta hesaplarımızın yaygınlaşacağı, meta mağazaların ve meta ticaretin yaygınlaşacağı, meta şirketlerin kullanılacağı yönündeki öngörüler göz önüne alındığında, korkutma tehlikesinin Metaverse'teki kişilik hakları ve mal varlığı açısından da söz konusu olabileceği açıkça görülmektedir. Nitekim, özellikle yetişkinlere yönelik platformlarda görüntüleri alınan bazı kişilerden, gerçek hayatta ailesiyle görüntülerin ve kayıtların paylaşılacağı tehdidiyle para talep edilebilmektedir.

3. Genel İşlem Koşulları Açısından

TBK m. 20'ye göre; “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir⁸⁶.” Genel işlem koşulları⁸⁷ sürekliliği yapılan sözleşmelerde⁸⁸ standardizasyon ve rasyonalizasyonun sağlanması, sözleşmelerin daha çabuk yapılmasının sağlanması, kanunlardaki düzenleme ve ek-

eğitim ve ekonomik durumu vb.) göre belirlenmelidir. Bu belirlemenin her somut olayın kendi özelliklerine göre yapılacağı kuşkusuzdur...

Üçüncü şart ise tehdidin derhal vuku bulacak bir tehlikeye ilişkin olmasıdır. Diğer bir anlatımla tehlike yakın olmalıdır. Kanun, tehlikenin hem ağır hem de yakın olmasını aramaktadır. Bu hükümden her tehdidin değil de sadece “ağır ve derhal vuku bulacak bir tehlike” oluşturan eylemlerin iptal nedeni oluşturacağı sonucu çıkmaktadır. Yakın tehlike ise tehdit edilen kişiye tehlikeyi önlemek için gerekli tedbirlere başvurma imkânı bırakmayan tehlikedir. Tehlikeyi önleme olanağı mevcut ise yakın bir tehlikenin varlığından bahsedilemez...

Son şart ise korkutma eylemi ile yapılan sözleşme arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Illiyet bağının bulunması için de korkutmanın, korkutulan kişinin işlem yapma iradesi üzerinde doğrudan etki etmesi ve hukuki işlem ya da sözleşmenin ikrahın etkisiyle yapılmış olması gerekir. Sebep sonuç bağının varlığını kabul için korkutma konusu tehlikenin gerçekleşme ihtimalinin sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olup, devam etmesi gerekir”.

⁸⁶ Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019), 5-7; Özel, 99; Osman Açıkğöz, *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2013), 188-189; Tuğçe Tuzcuoğlu, *Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 81; İ. Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku*, 5. Bası (Bursa: Ekim Yayınevi, 2022), 334; Özgür Karadağ, *Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*, (Ankara, Yetkin yayınları, 2023), 39.

⁸⁷ Sözleşme şartlarının genel işlem koşulu olabilmesi için; i) Bir sözleşmenin koşulu olması, ii) Önceden tek taraflı olarak hazırlanması, iii) İleride çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla düzenlenmiş olması, iv) Kullanan tarafından sözleşme yapılırken karşı tarafa sunulması şartlarının bir arada bulunması gerekir. Şeker, 9, Açıkğöz, 194-202; Tuzcuoğlu, 92-107; Karadağ, 42-45; Hilal Yüksel Maamer, *Genel İşlem Koşullarında kapsam (Yürürlük) Denetimi*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), 55-68. TKHK uyarınca haksız şartın unsurları; i) Tek yanlı olarak konulması, ii) Hak ve yükümlülüklerde dengesizlik, iii) Dürüstlük kurallarına aykırılıktır. Aslan, 337-342; Karadağ, 197-200; Yüksel Maamer, 178-182.

⁸⁸ Genel işlem koşulu içeren sürekliliği yapılan sözleşmeler, yasal metinlerde ya da öğretide; tip sözleşme, kitle/kitlesele sözleşme, katılmalı sözleşme, formüller sözleşme, standart sözleşme, seri sözleşme, çerçeve sözleşme yahut iltihaki (katılmalı) sözleşme olarak da anılmaktadır. Şeker, 15-16; Tuzcuoğlu, 82 ve 87; Karadağ, 37.

sikliklerin tamamlanması açısından fayda sağlamaktadır⁸⁹. Ancak önceden ve tek taraflı olarak hazırlanmış olduğu için, genellikle hazırlayan taraf lehine hükümler içermekte ve sözleşmenin karşı tarafını sözleşmede dezavantajlı duruma getirmektedir⁹⁰.

Gerçek dünyada olduğu gibi Metaverse ortamında da hem tüketici işlemi niteliğinde hem de tüketici işlemi olmayan nitelikte (örneğin ticari) birçok sözleşme yapılması mümkündür. Özellikle meta mağazaların açılmasından sonra bugün kullanılmakta olan elektronik ticaretin meta ticarete evrileceği öngörülmektedir. Bu durumda birçok tüketici meta mağazalardan alışveriş yapmak durumunda kalacak ve genel işlem koşulu içeren elektronik (meta) sözleşme yapmak zorunda kalacaklardır. Yapılan sözleşmenin türüne göre, TBK m. 20 vd., ve TKHK m. 5 vd. başta olmak üzere diğer mevzuatta bu konuda yer alan hükümler uygulama alanı bulacaktır. Buna göre; Metaverse ortamında yapılan sözleşmelerde 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 bağlıdır⁹¹. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılacaktır (TBK, m. 21⁹²).

⁸⁹ Şeker, 18-21; Açıkğöz, 210-211; Tuzcuoğlu, 81 ve 109; Yüksel Maamer, 30-33; Eren, *Borçlar Genel*, 215-216; Antalya, 397-398.

⁹⁰ Özel, 99-100; Şeker, 20; Açıkğöz, 212-213; Tuzcuoğlu, 82; Yüksel Maamer, 33-34.

⁹¹ Genel işlem koşullarının hukukî niteliği konusunda genellikle sözleşme teorisi kabul edilmektedir. Bu teoriye göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsam ve içeriğine girmesi bunların karşı tarafça kabul edilmesine bağlıdır. Bu kabul açık ya da örtülü bir şekilde yapılabilecektir. Eren, *Borçlar Genel*, 218; Açıkğöz, 217-218.

Şeker'e göre ise; bu genel işlem şartlarının sözleşmenin hükmü haline gelebilmesi için her iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı gerekmektedir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı yoksa, bu metinler sözleşmenin hazırlık çalışmalarından öteye geçemeyecektir. Şeker, 10-11.

Açıkğöz, 213-215; Tuzcuoğlu, 136; Karadağ, 46-47; Yüksel Maamer, 118.

⁹² Şeker, 31; Özel, 103-105; Karadağ, 51.

Yazılmamış sayılma kavramının yokluk ve kesin hükümsüzlük ile karşılaştırılması ve kendine özgü bir yaptırım olup olmadığı konusunda Bkz. Tuzcuoğlu, 216-242.

Şeker'e göre yazılmamış sayılma; "Genel işlem koşullarının kapsam denetiminden (BK. 21/1, şaşırtıcı genel işlem koşulları (BK. 21/2) ile değiştirme ve yeni düzenleme yapma yasağı denetiminden (BK. 24) geçemeyerek sözleşmenin kapsamına girememesidir" şeklinde tanımlanabilir. Eren'e göre; genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasından maksat yokluktur. Ancak sözleşmenin diğer kısımları uygulanmaya devam edeceği için kısmî yokluk söz konusu olacaktır. Eren, 221; Antalya, 429; Karadağ, 57.

Diğer taraftan, genel işlem koşullarının içeriğinin içerik özgürlüğünü sınırlayan hükümlere göre de değerlendirilmesi gerekir. Buna göre eğer TBK m. 27'de yer alan kısıtlamalara aykırı bir durum söz konusu ise kesin hükümsüzlük yahut iradeyi sakatlayan bir durum söz konusu ise iptal edilebilirlik yaptırımları da söz konusu olacaktır. Eren, 226; Antalya, 441-442.

Hatemi ve Gökyayla, taraflar sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olduğundan, buradaki yaptırım yokluk değil kısmî hükümsüzlük olması gerektiği görüşündedir. Bkz. Hatemi ve Gökyayla, 66.

Yazılmamış sayılmanın hukukî niteliğine dair ileri sürülen diğer görüşler için Bkz. Şeker, 137-172.

Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini koruyacak, sözleşmeyi düzenleyen taraf, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir (TBK, m. 22⁹³).

TKHK'da ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi tüketici olarak, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem ise tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir (TKHK, m. 3⁹⁴). Metaverse ortamında yapılan sözleşme bir tüketici ile yapılıyorsa; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları haksız şart olarak kabul edilecek, bu şartlar kesin olarak hükümsüz sayılacaktır. Ancak sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini koruyacak, sözleşmeyi düzenleyen taraf, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir (m. 5).

SONUÇ

İnsanlığın var oluşundan bugüne kadar sürekli değişim ve gelişim içinde olan insanlık, son büyük gelişimini kişisel bilgisayarların ve internetin gelişimi ve yaygınlaşması ile birlikte farklı bir evreye taşımıştır. Bu evrede toplumların günlük yaşamdan iletişime, iş yapışından alışverişe, eğitimden toplantılara kadar tüm katmanları ciddî bir değişim ve değişim göstermiştir. Değişim ve gelişim sadece toplumların kendi içerisinde değil, aynı zamanda toplumlararası iletişim, ticaret, kültürel ve sosyal etkileşim ve diğer ilişkilerde de gerçekleşmiştir. Dünyanın farklı köşelerindeki toplumlar artık birbiri ile anlık iletişim ve etkileşim içinde yaşamaktadır. Gelenek aşamada dünyanın adeta global bir dijitalleşmiş tek toplum (dünya toplumu) haline geldiği dile getirilmektedir.

Yaşanan globalleşme, toplumsal dönüşüm ve değişimin motoru konumunda olan internet, Metaverse ile birlikte artık dışarıdan hükmettiğimiz bir ağ olmaktan çıkıp, içinde yaşadığımız sanal bir ortam haline dönüşmektedir. Bu dönüşümle birlikte yeni sosyal ilişkiler, yeni yatırımlar, yeni ticaret şekilleri, yeni iş olanakları ve yeni toplumsal olgular ortaya çıkmaya başlamıştır. Bundan sonraki süreçte Metaverse'ün yaygınlaşması ile birlikte yeniliklerin daha da artacağı şüphesizdir.

Metaverse'ün ortaya çıkaracağı değişimlerin en önemlilerinden biri ise meta mağazalar ve meta ticaret kavramları olacaktır. Meta ticaretin yaygınlaşması bir

⁹³ Özel, 105; Şeker, 177; Tuzcuoğlu, 247-247; Karadağ, 58; Yüksel Maamer, 112.

⁹⁴ Özel, 67; Aslan, 331-332; Karadağ, 129.

tarafтан her şeyi insanlar için çok daha ilgi çekici ve kolay hale getirirken, diğer taraftan birçok hukukî sorunu da beraberinde getirecektir. Bu hukukî sorunların en önemlilerinden biri olan sözleşme kavramı da Metaverse açısından yeniden ele alınarak tartışılması gereken konuların başında gelmektedir.

Metaverse’te gerçek insanlar yerine bunların avaturları bulunmakta olup, avaturlar tarafından yapılmakta olan her işlem aslında avaturları yöneten veya avaturların sahibi olan gerçek kişi tarafından yapılmaktadır. Avatarın kendi başına bir kişiliği, hak ya da fiil ehliyeti de yoktur. Bu nedenle avaturlar aracılığıyla yapılan her işlem avaturları yöneten ya da avaturların sahibi olan yahut avaturları fiilen yöneten kişi nezdinde hüküm doğuracaktır.

Metaverse ortamında gerçek kişileri görsel olarak temsil etmekte olan avaturların, gerçekten belirtilen kişiye ait olup olmadıkları, sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesi, özellikle karşı tarafın hak ve fiil ehliyetinin var olup olmadığı ve dolayısıyla sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmadığının tespiti açısından ve sözleşmenin tarafında hata olup olmadığına tespiti açısından önem arz etmektedir. Ancak mevcut basit görünümlü avaturlarla bunu tespit edebilmek her zaman kolay olmayacaktır. Zira, mevcut avatar sisteminde avaturlar henüz bireylerle özdeş değildir. Aynı zamanda dijital ikiz şeklinde de oluşturulmamıştır. Bu nedenle iki avaturların bir araya gelerek yaptıkları sözleşmeler açısından taraf güvenliği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun ortadan kalkması için, yapılacak yasal düzenlemelerde avaturların mutlaka özdeş avatar şeklinde yahut dijital ikiz şeklinde oluşturulmasının zorunlu hale getirilmesi, özdeş avatar ve dijital ikizlerin fiillerinin tüm hüküm ve sonuçları bunlara sahip olan gerçek kişiler nezdinde doğacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Metaverse’te yapılan sözleşmelerde sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olacaktır gibi, sözleşme serbestisi ilkesinin sınırları da geçerli olacaktır. Bu kapsamda, Metaverse’te herkes kanunların emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak veya konusu imkânsız olmamak kaydıyla istediği sözleşmeleri yapabilecektir. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyecek ancak, TBK’da düzenlenen genel işlem koşulları ve TKHK’da düzenlenen haksız şartlarla ilgili hükümler dışında, hükümsüz sayılan kısımlar olmaksızın sözleşmenin yapılacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olacaktır. Genel işlem koşulları ve haksız şartlar açısından ise, hükümsüz sayılan kısımlar olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağını iddia edemeyecektir.

KAYNAKÇA

- Açıkgoz, Osman, *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2013.
- Altaş, Hüseyin, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara: Yetkin yayınları, 1998.
- Antalya, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.
- Ashael, Ben, *The Metaverse: Exploring a New Realty*. Poland: Amazon Fulfillment, 2022.
- Aslan, İ. Yılmaz, *Tüketici Hukuku*, 5. Bası, Bursa: Ekim Yayınevi, 2022.
- Ball, Matthew, *The Metaverse and How It Will Revolutionize Everything*. New York, USA: Liveright Pub. Corp., 2022.
- Başpınar, Veysel. *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Burrows, Gideon, *Your Life in the Metaverse*. USA: ISGTesting, 2002.
- Çekirdek Totan, Meltem, *İnternet Üzerinden Satışı Konu Edinen Sözleşmelerin Belirleyici Özellikleri*, İstanbul: Platon Plus Yayıncılık, 2022.
- Dağ, Ahmet, “Elektriksel Düşünceden Sibernetik Düşünceye Transhümanizm ve Metaverse”, *Metaverse Gerçek Zamanlı Sanal Yaşam*, Ed. Mustafa Tekin ve Muhammet Özdemir. İstanbul: Mana Yayınları, 2023.
- Deniz, Defne. *Güven İlkesinin Türk Borçlar Kanunundaki Temsil İlişisine Yansımaları*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022.
- Dionisio, John David N., William G. Burns, and Richard Gilbert, “3D Virtual Worlds and the Metaverse: Current Status and Future Possibilities.” *ACM (Association for Computing Machinery) Computing Surveys* 45, S. 3 (2012): 1-38.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017.
- Erzurumluoğlu, Erzan, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 9. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 28-29.
- Esener, Turhan ve Gündoğdu, Fatih, *Borçlar Hukuku I Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Günay, Erhan, *Vekalet Sözleşmesi Uyuşmazlıkları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Hackl, Cathy, Dirk Lueth ve Tommaso Di Bartolo, *Navigation the Metaverse*, New Jersey, USA: Wiley & Sons Inc., 2022.
- Hatemi, Hüseyin, Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Jooyung, Kim, «Advertising in the Metaverse: Research Agenda.» *Journal of Interaktif Advertising* 21, C. 3 (2021): 141-144.
- Karadağ, Özgür, *Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*, Ankara, Yetkin yayınları, 2023.
- Kaya, Emrah, *Metaverse Meta İnsana Hazır mısın?*, İstanbul: Nemesis Yayınevi, 2022.

- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2023.
- Kurtulgan, İnci Fatma, «Örgütlerde İş Birliği ile Değer Yaratmada “Silo Liderlik Tarzı”nın Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme.» *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, C. 3 (2022): 1502-1512.
- Küçükcalay, A. Mesut, “Endüstri Devrimi ve Ekonomik Sonuçlarının Analizi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 2. (1997): 51-68.
- Liam, Katherina, *Metaverse is Coming*, Fransa: Amazon Britigny Sur Orge, 2023.
- Oğuzman, Kemal ve Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 15. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Özbilen, Arif Barış, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016.
- Özdemir, Muhammet; “Metaverse Nedir ve “Gerçek Zamanlı Sanal Yaşam Neden Vardır?”, *Metaverse Gerçek Zamanlı Sanal Yaşam*, Ed. Mustafa Tekin ve Muhammet Özdemir, 17-44. İstanbul: Mana Yayınları, 2023.
- Özel, Çağlar, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Rosa, Nick, *Understanding the Metaverse a Business And. Ethical Guide*, New Jersey, USA: Wiley & Sons Inc., 2023.
- Siller, Nahide. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Web Sitesi Vasıtasıyla Sözleşmelerin Kurulması*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.
- Sönmezer, Zuhal, «Yeni Nesil Ekonomi: Metaverse.» *Metaverse Yeni Gerçeklik Paradigmaları* içinde, Ed. Serdar Kuzey Yıldız, 117-132. Ankara: Nobel Yayınevi, 2023.
- Şeker, Muzaffer, *Yazılmamış Sayılma*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2008.
- Taşdemir, Tuğçe, *Türk Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Şekil*, İstanbul: Platon Plus Yayıncılık, 2023.
- Taşkın, Zeynep Damla, *Sözleşmenin Kurulması*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020.
- Tekin, Zeliha, *Metaverse 101*, İstanbul: Scala Yayıncılık, 2022.
- Tuzcuoğlu, Tuğçe, *Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Von Tuhr, Andreas, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. Cevat Edege)*, Ankara: Yarıgıtay Yayınları No: 15, 1983.
- Winters, Terry, *Metaverse, Sanal Dünyanın Devrimine Hazır olun*, Çev: Mina Zeynep Çamoğlu, İstanbul: Kodlab Yayın Dağıtım, 2022.
- Yalçınduran, Türker, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.
- Yüksel Maamer, Hilal, *Genel İşlem Koşullarında kapsam (Yürürlük) Denetimi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.
- Zevkliler, Aydın ve Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 17. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.

Diğer Kaynaklar

Citigrup “Metaverse and Money; Decrypting the Future (Metaverse ve Para; Geleceğin Şifrelerini Çözme)” isimli rapor, Erişim Tarihi: Eylül 20, 2023. https://www.citifirst.com.hk/home/upload/citi_research/AZRC7.pdf.

Knowledge Workers are More Productive from Home, Erişim tarihi: Eylül 10, 2023. <https://hbr.org/2020/08/research-knowledge-workers-are-more-productive-from-home>.

Upland aApp, Erişim Tarihi: Eylül 21, 2023. <https://www.upland.me/>.

TMK M. 187’NİN İPTALİ KARARININ ÇOCUĞUN SOYADINA OLASI ETKİLERİ VE OLMASI GEREKEN HUKUK BAĞLAMINDA BİR ÖNERİ^(*)

Arş. Gör. Dr. **Damla Özden ÇELT**^(**)

Öz

2002 yılında yürürlüğe giren ve aile hukuku bağlamında eşler arasında eşitlik ilkesini temel alan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) en tartışmalı hükümlerinden biri şüphesiz kadının evlenmekle kocasının soyadını almasını öngören TMK m. 187 hükmüdür. Anayasa Mahkemesi bu hükmü 22.2.2023 tarih ve E. 2022/155, K. 2023/38 sayılı kararı ile Anayasa (AY) m. 10’da düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. İptal hükmü TMK m. 321’de öngörülen, ana baba evli ise çocuğun ailenin soyadını alacağını öngören düzenleme ile sıkı ilişki içindedir. Zira TMK m. 187’ye göre ailenin soyadı kocanın soyadı olabileceğinden TMK m. 321 bağlamında çocuğun ancak babasının soyadını alması mümkündür. TMK m. 187’nin iptali kararının yürürlüğe girmesi ile eşlerin ortak soyadı taşımaları zorunluluğu ortadan kalkacaktır. Ana baba aynı soyadını taşımadığında çocuğun soyadının ne olacağı hususu da belirsizleşecektir. Söz konusu belirsizliğin giderilmesi amacıyla kanun koyucunun yalnızca eşlerin değil, çocuğun soyadına ilişkin hükümlerde de revizyona gitmesi, çocuğun soyadını eşlerin ortak soyadı taşıdığı ve taşımadığı ihtimallere göre ayrıntılı olarak düzenlemesi gerekecektir. Bu noktada kanaatimiz eşlerin soyadı bakımından eşlerin iradelerini ve eşler arasında eşitlik ilkesini gözeten esnek bir hükmün ihdas edilmesi gerektiği yönündedir. Çocuğun soyadı bakımından ise ana babanın iradeleri yanında çocuğun üstün yararı da gözetilmelidir. Türk kanun koyucusu Kıta Avrupası hukuk sistemlerine dâhil ülkelerin düzenlemelerinin avantajlarını ve dezavantajlarını dikkate alarak, en tatmin edici çözümü sunma imkânını haizdir. Bu amaca yönelik olarak çalışmada öncelikle mevcut haliyle ana ve babası evli olan çocuğun soyadı meselesi üzerinde durulacaktır. Ardından İsviçre, Alman ve Avusturya Medeni Kanunlarında eşlerin ve çocuğun soyadına ilişkin düzenlemeler incelenecek, nihayet olması gereken hukuk bağlamında önerimiz sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Çocuğun Soyadı, Kadının Soyadı, Aile Adı, Evlilik Birliği, TMK m. 187, TMK m. 321.

^(*) Makalenin Dergiye Geleli Tarihi: 06.11.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 29.11.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1387023.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / Eskişehir, Türkiye.
E-posta: damlaozdencelt@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5271-1689>.



“This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)”

THE POSSIBLE EFFECTS OF THE ANNULMENT OF ART. 187 OF THE TURKISH CIVIL CODE ON THE SURNAME OF THE CHILD AND A SUGGESTION IN THE CONTEXT OF THE LAW SHOULD BE IN PLACE

Abstract

The Turkish Civil Code No. 4721 (TCC) entered into force in 2002 and respects the principle of equality between spouses in family law. Article 187 is undoubtedly one of the most controversial provisions of the TCC which stipulates that a woman must take her husband's surname upon marriage as a single or second surname. With its decision dated 22.2.2023, the Constitutional Court held Article 187 of the TCC unconstitutional as it was contrary to the principle of equality before the law regulated under Article 10 of the Constitutional Law. The Constitutional Court's annulment decision is closely related to the provision stipulated in Article 321 of the TCC, which stipulates that if the parents are married, the child will take the family's surname. Since the common family surname, according to Article 187 of the TCC, is the surname of the husband, it is only possible for the child to take the surname of the father in the context of Article 321 of the TCC. With the entry into force of the annulment of Article 187 of the TCC, the obligation of the spouses to determine the common family surname will disappear. In this case, if the parents do not bear the common family surname, the surname of the child will become uncertain. In order to eliminate this uncertainty, the legislator should revise not only the provisions regarding the surname of the spouses but also the provisions regarding the surname of the child and should regulate the surname of the child in detail according to the possibilities that the spouses determine a common family surname and those that do not. At this point, a flexible provision that respects the will of the spouses and the principle of equality between the spouses should be introduced. In terms of the surname of the child, the best interests of the child should be taken into consideration in addition to the will of the parents. The Turkish legislator has the opportunity to offer the most satisfactory solution by considering the advantages and disadvantages of the regulations of the countries included in the Continental European legal systems. For this purpose, this study will first focus on the issue of the surname of the child whose parents are married, then will analyse the regulations regarding the surname of the spouses and the child in the Swiss, German and Austrian Civil Codes. Finally, a proposal will be presented in the context of the law that should be in place.

Keywords

Surname of the Child, Surname of the Wife, Family Name, Union of Marriage, Article 187 of the TCC, Article 321 of the TCC.

Extended Abstract

Turkish Civil Code No. 4721 (TCC), adopted in 2002, is based on the principle of equality between spouses. On the other hand, Article 187 of the TCC states that a woman shall take her husband's surname upon marriage but may also use her pre-marital surname in front of her husband's surname if she wishes. Article 321 of the TCC stipulates that the child shall take the family's surname if the parents are married. According to Article 187 of the TCC, since the family surname is de facto the surname of the husband, the child takes the surname of the father. Regarding the woman's surname, the fact that marriage brings a compulsory change of surname has been criticised for many years as it contradicts the principle of equality for spouses. Women who wanted to use their pre-marital surname after marriage applied to many legal remedies, including the European Court of Human Rights, and in line with the individual decisions taken here, they could use their pre-marital surname alone. Finally, with its judgment dated 22.2.2023, the Constitutional Court accepted the application of the Istanbul 8th Family Court for the annulment of Article 187 of the TCC. It ruled that the annulment decision would enter into force nine months after the date of the publication of the decision in the Official Gazette. Thus, Turkish law entered into a new era regarding the family surname and, subsequently, the surname of the child.

This study will discuss the possible effects of the annulment decision of the Constitution on the surname of the child. However, it is not possible to consider this effect independently from the legislature's regulation on the surname of the spouses. If the legislator does not introduce a new provision instead of Article 187 of the TCC, it can be said that the principle of immutability of the surname for spouses is adopted, as in Swiss law. Even in this case, the possibility for the spouses to choose a common family surname is eliminated. In this case, Article 321 of the TCC needs explanation. As a matter of fact, Article 321 of the TCC has been drafted, taking into consideration the

possibility of the spouses having a common family surname. At this point, a legal gap is encountered regarding the child's surname. In order not to create such a legal gap that would disrupt public order, the legislator should consider the provisions under Article 187 of the TCC and Article 321 of the TCC accordingly. At this point, the pros and cons of the regulations in Swiss, German and Austrian law, which are included in the Continental European legal system, should be guiding the Turkish legislator.

It is undisputed that spouses should no longer be forced to bear a common family surname. Again, the common family surname may be the surname of the man as well as the surname of the woman. On the other hand, in our opinion, contrary to Swiss law, the invariability of the surname should be regulated as a secondary rule specific to the case where the common family surname cannot be determined, taking into consideration the common tradition in Turkish law. Again, under Swiss law, spouses are not allowed to bear a double surname. This situation is limiting in terms of the spouse whose surname is not the common family surname, as well as the obligation to give the child only the surname of the mother or father. In German law, although the double surname is eliminated for the spouse whose surname is not determined as the common surname, the spouses are not allowed to choose the double surname as the common family surname or the child's surname. However, this deficiency in German law seems to have been eliminated by the Draft Law on the Amendment of the Family and Birth Name Law (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts) adopted on 23.08.2023 (The regulation is expected to enter into force as of 1.1.2025).

Finally, since 2013, Austrian law has introduced the most flexible and satisfactory provisions regarding the surnames of spouses and children. Accordingly, it is possible to designate a double surname consisting of the spouses' surnames separated by a hyphen as the common family surname. In this case, the child also takes a double surname, the family surname. If the spouses do not have a common family surname, the child may be given a double surname consisting of the surname of the parents. However, the Austrian Civil Code stipulates that the child shall take the surname of the mother if the parents cannot reach a common decision regarding the surname of the child. In our opinion, in this case, the principle of equality between spouses is contrary to the male spouse. For this reason, we suggest that if the parents do not have a common family surname and cannot agree on which surname the child will bear, the child should take both the surname of the mother and the father and bear a double surname. The limit for accepting more than one surname should be two surnames.

GİRİŞ

743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'ni mülga ederek 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), eşler arasında eşitlik ilkesi temel alınarak hazırlanmıştır¹. Bu ilkedен hareketle 743 sayılı Kanun'da erkeğe hak, yetki ve bazen de yükümlülük yükleyen birçok hükümde değişikliğe gidilmiş, örneğin eşlerin evlilik birliğini birlikte yöneteceklerini (TMK m. 186/II), aile konutunu beraber seçmelerini (TMK m. 186/I), birliğin giderlerine güçleri oranında katılmalarını öngören düzenlemeler getirilmiştir (TMK m. 186/III). Buna karşılık

¹ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 9; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, (İstanbul: Beta, 2022), 12. Haluk N Nomer, "Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 2 (2002), 421; Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 3; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2021), 7; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 2 vd.; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı- Başak, *Aile Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 20; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 45; Metin İkişler ve Özlem Tüzüner, editör, *Medeni Hukuk II Aile Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 36; Demet Özdamar, "Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık Yönü ile, Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, S. 2 (2006), 28.

evlenen kadının kocasının soyadını taşıyacağını ancak dilerse evlenmeden önceki soyadını da kocasının soyadının önünde kullanabileceğini öngören 743 sayılı TMK m. 153, 4721 sayılı TMK m. 187’de aynen muhafaza edilmiş, böylece soyadı eşler arasında eşitliğin gözetilmediği en önemli hüküm ve mesele olmuştur².

Evli kadının soyadını düzenleyen TMK m. 187 hükmü kadın erkek eşitliğine aykırı olması gerekçesiyle zaman zaman Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilmişse de uzun yıllar Mahkeme’den hükmün iptaline ilişkin müspet bir karar alınamamıştır. İç hukuk yollarının tüketilmesi üzerine konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne de (AİHM) taşınmıştır³. Burada alınan ihlal kararlarını takiben, 2013 yılından itibaren Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvurularda ve Yargıtay önüne taşınan uyuşmazlıklarda kadının dilerse evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanabileceği yönünde kararlar verilmiştir⁴. Söz konusu kararlarla TMK m. 187 hükmü bir anlamda delinmişse de bu imkândan ancak mahkemeye başvuran kadınların bireysel olarak yararlanması mümkün olmuş ve bu hallerde dahi ilgili dava açılıncaya kadar kadın soyadının değişmesine katlanmak zorunda bırakılmıştır⁵. En nihayet Anayasa Mahkemesi, 22.2.2023 tarihli Kararı⁶ ile TMK m. 187’yi iptal etmiş, kararın Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihten dokuz ay sonra yürürlüğe girmesini hükme bağlamıştır⁷.

İptal kararın yürürlüğe girmesi ve bu süreçte yasa koyucunun yeni bir hüküm tesis etmemesi hâlinde kadın eşin, evlendikten sonra da evlilik öncesi soyadını taşımaya devam etmesi beklenir⁸. Bununla birlikte kamuoyunda ve hukuk

² Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 481; Nomer, “Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, 421; Öztan, *Aile Hukuku*, 211; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 172; Esra Dursun, *Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı*, (İstanbul: On İki Levha, 2018), 2 vd.; Lale Sirmen, “Medenî Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular”, *Hukukta Kadın Sempozyumu*, Ankara, 2000, 85; Özgün Çelebi, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2019), 540 vd.; Söz konusu düzenlemenin kadın erkek eşitsizliğine sebep olmaktan ziyade, kamu yararına ilişkin bir gelenek olduğu ve aile soyadın olarak erkek eşin soyadının uygun olduğu yönündeki aksi görüşü için bkz. Hatemi, *Aile Hukuku*, 87; Turgut Akıntürk, “Medeni Kanun Tasarısında Kadın-Erkek Eşitliği”, *Hukukta Kadın Sempozyumu*, Ankara, 2000: 77; TMK m. 132 uyarınca boşanan kadının evliliğin sona ermesinden üç yüz gün geçmedikçe evlenemeyeceğini öngören hüküm de eşitliğe aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bkz. Gayretli Aydın, Seda. “Kadın ve Kanunî Bekleme Süresi.”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 31, S. 136 (2018): 265-292.

³ 29865/ 96 Başvuru Numaralı Ünal- Tekeli Türkiye Davasında 16 Kasım 2004 Tarihli AİHM kararının Türkçe metni için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#\[%22itemid%22:%22001-158595%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/tur#[%22itemid%22:%22001-158595%22]).

⁴ AYM, T. 07.01.2014, Başvuru No: 2013/ 2187; YHGK, E. 2014/2-889, K. 2015/2011, T. 30.09.2015; Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 119.

⁵ Erdem ve Makaracı- Başak, *Aile Hukuku*, 243.

⁶ AYM, T. 22.2.2023, E. 2022/155, K. 2023/38.

⁷ AYM, T. 22.2.2023, E. 2022/155, K. 2023/38. Karar 28.04.2023 tarihinde 32174 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmış olduğundan ilgili hükmün iptali 28.01.2024 itibarıyla yürürlüğe girecektir.

⁸ Nitekim olması gereken hukuk yönünden kadına bu hakkın tanınması gerektiği, kadının soyadının da ortak soyadı olarak benimsenebileceği ve çift soyadını imkânının da tanınması gerektiği yönünde bkz. Serozan, *Kişiler Hukuku*, 481.

âleminde eşlerin ortak soyadı kullanmalarının zorunluluk olmayacağı ancak ortak bir soyadının benimsenebilmesine de imkân sağlayan esnek bir hüküm beklentisi hâsıdır⁹. Nitekim çalışmada detaylandırılacağı üzere, aynı hukuk sistemi içinde yer aldığımız İsviçre, Almanya, Avusturya gibi ülkelerde de düzenlemeler bu yöndedir.

İlgili hükmün iptal edilmesinin hukuki sonuçlarına ilişkin değerlendirmelerin diğer yönünü de TMK m. 321 hükmü oluşturur. Zira bir kanuni düzenlemenin iptali ve yeni bir hükmün düzenlenmesi o hükümle ilintili diğer hükümlerin de yeniden düzenlenmesini gerektirebilir. Aksi hâlde ilgili hükümler bakımından belirsizliklerin ve hatta çatışmaların doğması kaçınılmazdır. Bu noktada TMK m. 187'nin iptali de yalnızca kadının soyadına tesir etmez, kadının soyadı meselesi çocuğun soyadı meselesini de doğrudan etkiler¹⁰. Şöyle ki, TMK m. 321'de ana babanın evli olması halinde çocuğun ailenin soyadını alması öngörülmüştür. TMK m. 187'e göre evli kadının kocasının soyadını alması sebebiyle TMK m. 321'deki ailenin soyadı fiilen babanın soyadıdır¹¹. Ancak TMK m. 187'ye ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmesi ile bu sonuca doğrudan ulaşılamaz. Nitekim TMK m. 187'nin iptali ile eşlerin ortak soyadı kullanmaları zorunluluğu ortadan kalkar. Bu noktada ailenin soyadından ne anlaşılması gerektiği hususu tekrar gündeme gelmeli, eşlerin aynı soyadını taşımadıkları bir ihtimalde çocuğun soyadının ne olacağı sorusu cevaplanmalıdır¹².

Bu sebeple öncelikle çalışmada, ana babası evli olan çocuğun soyadı meselesi mevcut hâliyle ele alınmıştır. Ardından hükmün iptalinin yürürlüğe girmesi hâlinde kanun koyucunun yeni bir düzenleme yapıp yapmamasına göre ikili bir ayrıma gidilmiş; olası bir düzenlemeye örnek teşkil edebilecek Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan İsviçre, Alman ve Avusturya hukuklarında eşlerin ve çocukların soyadları ile ilgili düzenlemeler incelenmiş ve nihayet Türk hukukunda olması gereken hukuk bağlamında önerimiz okuyucunun takdirine sunulmuştur.

⁹ Çalışmada atıf yapılan eserlerin birçoğunda iptal kararı öncesinde de eşlerin ve çocuğun soyadına ilişkin hükümlerin değişmesi gerektiği yönünde görüş ve öneriler sunulmuştur. Bu önerilere tek tek yer verilmemiş olmakla birlikte, amacımız Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil üç ülke üzerinden düzenlemelerin avantajlarını ve dezavantajlarını ve özellikle Alman hukukunun da Avusturya hukukundan esinlenerek takip ettiği çift soyadı kullanımına ilişkin yeni eğilimi ortaya koyarak kanun koyucunun bu yönde bir tercihe yeşil ışık yakabileceğini göstermektir.

¹⁰ Hatemi, *Aile Hukuku*, 87; Gökçe Kurtulan Güner, "İki İleri Bir Geri: Türkiye'de Çocuğun Soyadı Meselesi", 31 Mayıs 2021, <https://kockam.ku.edu.tr/iki-ileri-bir-geri-turkiyede-cocugun-soyadi-meselesi-gokce-kurtulan-guner/>; Bu bağ sebebiyle birçok monografi eserde de kadının ve çocuğun soyadı bir arada incelenmiştir (Örneğin bkz. Yıldız Abik'in *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı* veya Esra Dursun'un *Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı* adlı eserleri).

¹¹ Kurtulan Güner, <https://kockam.ku.edu.tr/iki-ileri-bir-geri-turkiyede-cocugun-soyadi-meselesi-gokce-kurtulan-guner/>.

¹² Kurtulan Güner, <https://kockam.ku.edu.tr/iki-ileri-bir-geri-turkiyede-cocugun-soyadi-meselesi-gokce-kurtulan-guner/>.

Bununla birlikte çocuğun soyadına ilişkin tartışmaların yalnızca ana babanın evli olduğu hâllerle sınırlı olmadığını eklemek gerekir. Nitekim son yıllarda verilen yargı kararlarında¹³ boşanma sonrası haklı bir neden varsa ve çocuğun üstün menfaati gerektiriyorsa, TMK m. 27 bağlamında çocuğun velayeti kendisine bırakılan ananın soyadını taşıyabileceği de kabul edilmiştir¹⁴. Ancak çalışmada bu tartışmalar üzerinde durulmamış; konu, ana ve babası evli olan çocuğun soyadı meselesi ile sınırlı olarak ele alınmıştır¹⁵.

I. MEVCUT HALİYLE ANA BABASI EVLİ OLAN ÇOCUĞUN SOYADI

A. GENEL OLARAK SOYADI KAVRAMI

Ad, bir kişiyi diğer kişilerden ayırt etmeye yarayan hukuki bir araçtır¹⁶. Bu anlamda kişinin kimliğini tespitinde ilk olarak ada bakılır¹⁷. Ad kişiliğinin bir parçasıdır ve kişilik hakkının korumasından yararlanır¹⁸. Kişinin zorunlu olarak taşıması gereken adı, ön ad ve soyadından teşekkül eder¹⁹. Soyadı kişiliğin ayrılmaz

¹³ AYM, T. 08.12.2011, E. 2010/119, K. 2011/165; AYM, T. 25.06.2015 ve 2013/3434 başvuru numaralı, T. 11.11.2015 ve 2013/9880 başvuru numaralı, T. 20.07.2017 ve 2014/1826 başvuru numaralı Kararları; Y. 2. HD, T. 09.04.2018, E. 2018/1306, K. 2018/4719; Y. 2. HD, T. 20.04.2022, E. 2022/1859, K. 2022/3821.

¹⁴ Y. 2. HD, T. 09.04.2018, E. 2018/1306, K. 2018/4719; Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yeliz Yücel, *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 213 vd.; Büşra Doğan, "Çocuğun Soyadı Meselesine Dair Güncel Yargı Kararları Üzerine Bir İnceleme", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 1 (2020), 1059 vd.; Tuba Birinci Uzun, "Aile Soyadı Çıkmazı, Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velâyeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4 (2016), 101 vd.; Ece Baş Süz el ve Gökçe Kurtalan, "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S. 135-136 (2015), 80 vd.

¹⁵ Çalışmada evlat edinilen çocuğun soyadı meselesi üzerinde de durulmamıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gözde Çağlayan Aygün, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 133 vd.

¹⁶ İhsan Erdoğan, "Şahsiyeti İclicit Soyadı Meselesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan)* 6, S. 1-2 (1998), 705; Yıldız Abik, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2005), 31; Hayrunnisa Özdemir, "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, S. 3 (2008), 563; Geleneksel olarak adın kadın ve erkek yönünden ortaya çıkışı ve önemine ilişkin bkz. Nurten İnce, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı", *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi* 3, S. 2 (2017), 39 vd.; Ömer Uğur Gençcan, *Çocuk Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 687.

¹⁷ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 106; Özge Erbek Odabaşı, "Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, S. 1 (2017), 46.

¹⁸ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 475; Nomer, "Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", 447.

¹⁹ Erdoğan, "Soyadı", 705; Burak Özen, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16, S. 3-4 (2010), 171; Özdemir, "Adın Korunması", 566; Dursun, *Soyadı*, 6; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, "Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4 (2014), 583.

bir parçası olup, önadla birlikte kişinin şahıs varlığı değerleri arasında yer alır²⁰. Bu hak mutlak olup, devredilmesi veya haktan vazgeçilmesi mümkün değildir²¹.

Soyadı kavramı Türk Dil Kurumu sözlüğünde “herkesin ailece anılmasına yarayan öz adından sonraki adı; aile adı” olarak tanımlanır²². Soyadını genel olarak aynı aileden gelen kişileri diğer ailelerden gelen kişilerden ayırmaya yarayan, kişinin aileye mensubiyetini dışa karşı gösteren ve nesilden nesile aktarılan ad olarak tanımlamak mümkündür²³. Türk hukukunda soyadı ile aile adı kavramı eşdeğer anlamda kullanılır²⁴. Aile adı ilk adla birlikte gerçek bir kişinin resmi adını oluşturur ve bu nedenle gerçek kişiyi tanımlamaya ve ayırt etmeye hizmet eder²⁵.

Türkiye Cumhuriyeti'nde 21.06.1934 tarihinde kabul edilen, 02.01.1935 tarihinde yürürlüğe giren 2525 sayılı Soyadı Kanunu ile Türk vatandaşlarına soyadı taşıma mecburiyeti getirilmiştir (SK m. 1²⁶). Kanunun Resmî Gazete'de yayımından itibaren iki yıl içinde soyadı olmayanların ve soyadını değiştirmek isteyenlerin taşıyacakları adı nüfus kütüklerine geçirilmek üzere bildirmeleri istenmiştir (SK m. 7)²⁷. Kişinin bir soyadı alması onun kişilik hakkına bağlı hakkı

²⁰ Öztan, *Aile Hukuku*, 208; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler*, 106; Serap Helvacı ve Gediz Kocabaş, “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan 21, S. 2 (2015), 616; Abik, *Soyadı*, 37; Dursun, *Soyadı*, 14; Bahar Öcal Apaydın, “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S. 2 (2015), 426.

²¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler*, 106; Yasemin Durak ve Nurşen Ayan, “Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesini İptal Etmesi Çerçevesinde Kadının ve Çocuğun Soyadının Değerlendirilmesi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S. 2 (2023): 364.

²² <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 15.10.2023); Benzer yönde bkz. Çağlayan Aygün, *Evlât Edinme ve Sonuçları*, 115. Yazar, çocuğun önadının ana baba için velayete bağlı bir hak ve yükümlülük olarak düzenlendiğine buna karşılık çocuğun soyadının ise soybağına bağlı hükümler arasında ele alınmasına dikkat çeker.

²³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler*, 107; Abik, *Soyadı*, 23; Yücel, *Çocuğun Soyadı*, 199 vd.; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 97; Doğan, “Çocuğun Soyadı”, 1045; Çelebi, “Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı”, 550; Nitekim Anayasa Mahkemesinin iptal kararına ilişkin karşı oy yazısında da soyadı “belirli bir ailenin bireylerini diğer aile bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen ad” olarak tanımlanmıştır. Bkz. AYM, T. 22.2.2023, E. 2022/155, K. 2023/38.

²⁴ Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt II Kişiler Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 174; Özdemir, “Adın Korunması”, 570; Çalışmada aile adı yerine daha yerleşik bir kavram olan soyadı kavramı tercih edilmiştir. Alman hukukunda doğum yoluyla kazanılan aile adı (Familiennamen) ile doğum adı (Geburtsname) aynı anlamda kullanıldığı yönünde bkz. Abik, *Soyadı*, 31; Tuğçem Seçer, “Çocuğun Soyadı ve Öneriler”, *Yargıtay Dergisi* 49, S. 3 (2023): 600.

²⁵ Stehli, OFK ZGB Art. 270, 602; Soyadının başlarda daha ziyade erkekler bakımından bir kimlik belirleme işlevi taşıdığı, kadının ise soyadını atadan, babadan ya da kocadan aldığı yönünde bkz. Nazan Moroğlu, “Kadının Kimlik Sorunu “Kadının Soyadı””, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99 (2012), 246.

²⁶ Soyadı kullanımının tarihçesine ilişkin olarak bkz. Abik, *Soyadı*, 32 vd.; Dursun, *Soyadı*, 9 vd.

²⁷ Her ne kadar SK m. 4'te soyadı seçme hususunda ise evlilik birliğinin reisi olarak tarif edilen koca görevli ve yetkili kılınmışsa da kanun koyucu kocanın birliğin reisi olduğunu ifade eden 743 sayılı MK m. 152 hükmünde değişikliğe gitmiş ve 4721 Sayılı TMK m. 186/II'de eşlerin evlilik birliğini beraberce yönetmeleri öngörülmüştür. Bu anlamda Soyadı Kanunu m. 4'ün örtülü olarak yürürlük-

olduğu gibi SK. yönünden de yükümlülüğüdür²⁸. Ön adın belirlenmesinde ana baba, kanundaki sınırlamalar saklı kalmak üzere kural olarak serbesttir. Bununla birlikte soyadının belirlenmesinde aynı serbesti söz konusu değildir²⁹. Zira en doğal soyadının kazanılma yolu olan doğumla kişinin ailesinin soyadını alması öngörülmüştür³⁰. Ancak soyadının kazanılmasında tek yol doğum yoluyla kazanma değildir. Evlenme yoluyla, evlat edinilmeyle, idari yoldan veya mahkeme kararı ile soyadının kazanabileceği de kabul edilir³¹. Çalışma konumuzla ilgisi dolayısıyla soyadının kazanılması hallerinden evlenmekle kazanılan soyadı üzerinde durulmalıdır.

Türk hukukunda evlenmekle soyadının kazanılması yalnızca kadın eş yönünden mümkündür³². Zira eşler arasında soyadının birliği ilkesi benimsenmiş, ailenin soyadı olarak erkeğin soyadı tercih edilmiştir (TMK m. 187³³). Eşlerin ortak bir soyadı taşımasının aile bağına kanıtlamasını kolaylaştırması bakımından bireylerin çıkarına olduğu söylenebilir³⁴. Bununla birlikte söz konusu düzenleme Anayasa'ya³⁵ ve Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW³⁶) gibi uluslararası sözleşmelere aykırılığı gerekçesi ile

ten kalktığını söylemek mümkündür. Diğer yandan 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." biçimindeki birinci cümlesi iptal edilmiştir. Karar için bkz. AYM, T. 08.12.2011, E. 2010/119, K. 2011/165.

²⁸ Abik, *Soyadı*, 37.

²⁹ Özen, "Soyadı", 172.

³⁰ Serkan Ayan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, S. 4 (2012): 22; Aile soyadı ana babası evli olan çocuklar bakımından onların ortak soyadı olan babanın soyadıdır. Ana baba evli değilse çocuğun baba ile soybağı ilişkisinin kurulup kurulmadığına göre bir ayırım yapılır. Buna göre baba ile soybağı ilişkisi kurulmuş çocuk babanın, baba yönünden soybağı ilişkisi kurulmamış çocuk ise ananın soyadını alır.

³¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler*, 109; Dursun, *Soyadı*, 15 vd.; Yücel, *Çocuğun Soyadı*, 201; Erbek Odabaşı, "Evli Kadının Soyadı", 47 vd.

³² Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler*, 111; Abik, *Soyadı*, 56; Ergene, Deniz. "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medenî Kanun'da Değişiklik Önerisi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 31, S. 2 (2011), 129; İnce, "Kadının Soyadı", 38.

³³ Ayşe Havutcu ve Yasemin Kalkancı, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S. 2 (2020), 135; Abik, *Soyadı*, 24.

³⁴ Bräm Verena, *Zürcher Kommentar (ZK)*, Art. 160, 3. Aufl. 1998, 86 (Swisslex, ET: 10.10.2023).

³⁵ Anayasal eşitlik bağlamında detaylı bilgi için bkz. Ece Göztepe, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi* 54, S. 2 (1999): 109 vd.

³⁶ Kısıltmanın açılımı "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" şeklinde olup, Türkiye sözleşmeye 1985 yılında taraf olmuş, madde 27'ye göre Sözleşme Türkiye bakımından 19 Ocak 1986'da yürürlüğe girmiştir. Resmî gazete için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf>.

sık sık eleştirilmiştir³⁷. Nitekim Türkiye de aile adı sebebiyle eşlerin eşit haklara sahip olması gerektiğini öngören CEDAW madde 16/ 1-g hükmüne çekince koymuş, bu çekince kadının evlenmekle birlikte kendi soyadını da taşımaya devam edebileceğini öngören 1997 tarihli değişiklik sonrası kaldırılmıştır³⁸. Oysa bu düzenleme ile kadının evlenmekle soyadının değişmesi zorunluluğu giderilmemiştir³⁹. Hal böyleyken aynı zorunluluğu taşımayan erkek ve kadının eşit hakları haiz olduğunu söylemek mümkün değildir⁴⁰.

Söz konusu eşitsizliğin TMK m. 187'nin iptali ile giderilmesi için 1998 ve 2011 yıllarında Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, 1998 yılında vermiş olduğu kararda, kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına ilişkin düzenlemenin (743 sayılı MK m. 153) Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmış⁴¹, buna karşılık 2004 yılında kendisine yapılan başvuru sonucunda AİHM, kadının evlenmekle kocasının soyadını almasını öngören hükümle AİHS m. 14'te düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁴². Ancak AİHM'in kararı iç hukuk kurallarının gözden geçirilmesinde etkili olmamış, hükmün iptali için (TMK m. 187) 2011 yılında tekrar Anayasa Mahkemesi'ne gidildiğinde de müspet bir cevap alınamamış, Mahkeme kadının önceki soyadını taşıma hakkının kamu yararı sebebiyle sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir⁴³.

³⁷ M. Beşir Acabey, "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan* 19, Özel Sayı (2017), 493; Havutcu ve Kalkancı, "Kadının Soyadı", 140 vd.

³⁸ Kadına kocasının soyadı önünde kendi soyadını kullanması imkânı, 4248 sayılı ve 14.05.1997 tarihli Kanununun 1. maddesiyle tanınmış ve hüküm 187. maddenin birinci cümlesi devamına eklenmiştir. İlgili haliyle dahi kadın eş aleyhine eşitsiz sayılabilecek bir sistemin benimsendiği yönünde bkz. İkizler ve Tüzüner, *Aile Hukuku*, 216.

³⁹ Erdoğan, "Soyadı", 710; Ergene "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 130; Sarıkaya, "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 437; Söz konusu imkânın soyadında birlik ilkesinden bir sapma olduğu, kadının çift soyadı almakla aslında eşler bakımından ortak soyadı taşınmadığı sonucuna varılabileceği yönünde bkz. Göztepe, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Soyadı", 118; diğer yandan TMK m. 173'e göre boşanan kadının soyadı tekrar değişmekte ve kadın evlenmeden önceki soyadına dönmektedir. Bu durumu ortaya çıkardığı sorunlar için bkz. Kılıçoğlu Yılmaz, "Kadının Soyadı Sorunu", 588 vd.

⁴⁰ Havutcu ve Kalkancı, "Kadının Soyadı", 135; Çelebi, "Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı", 554.

⁴¹ AYM, T. 29.09.1998, E. 1997/ 61, K. 1998/ 59. Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Abik, *Soyadı*, 155 vd.; Havutcu ve Kalkancı, "Kadının Soyadı", 142 vd.; Söz konusu kararın 743 sayılı mülga Medeni Kanun'un mantığına ve sistematiğine uygun olduğu yönünde bkz. Öcal Apaydın, "Kadının Soyadı", 439.

⁴² 29865/ 96 Başvuru Numaralı Ünal Tekeli/ Türkiye Davasında 16 Kasım 2004 Tarihli AİHM kararının Türkçe metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-158595%22%7D>. Karar ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Havutcu ve Kalkancı, "Kadının Soyadı", 147 vd. AİHM'in vermiş olduğu diğer ihlal kararları için bkz. 7971/07 Başvuru Numaralı Leventoğlu Abdulkad/ Türkiye davasında 28 Mayıs 2013 Tarihli Karar; 26268/08 Başvuru Numaralı Tuncer Güneş/ Türkiye davasında 3 Eylül 2013 Tarihli Kararı; 38249/09 Başvuru Numaralı Tanbay Tüten/ Türkiye davasında 10 Aralık 2013 Tarihli Kararı.

⁴³ AYM, T. 10.3.2011, E. 2009/85, K. 2011/49; Ergene "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 134; Erbek Odabaşı, "Evli Kadının Soyadı", 70 vd.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılması sonrası⁴⁴ Mahkeme bu defa 2013 yılından itibaren vermiş olduğu kararlarda Türkiye'nin taraf olduğu CEDAW'ı referans göstererek söz konusu hükmün kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını (AY m. 17) ihlal edeceğinden bahisle, kadının tek başına evlilik öncesi soyadını kullanması yönündeki talebini haklı bulmuştur⁴⁵. Yargıtay bu yönde karar vermeye başta dirense de⁴⁶ sonrasında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında⁴⁷ kadının evlendikten sonra da yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmaya devam edebileceği kabul edilmiştir⁴⁸. Böylece evlenen kadının mahkemeye başvurması halinde TMK m. 187 hükmü delinebilmiş ve kadın tek başına evlilik öncesi soyadını kullanabilmiştir⁴⁹. Ancak bu durumda dahi kadının önce evlenmekle soyadının değiştiği, daha sonra da mahkeme yoluyla evlilik öncesi soyadına dönüldüğü unutulmamalıdır. Kadının evlilik öncesi soyadını kullanabilmesi amacıyla iki defa soyadının, bir diğer anlamda kimliğinin değiştiği bu sistemde eşler bakımından kanun önünde bir eşitliğin hayata geçirildiğinden bahsedilmesi mümkün değildir.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını alması yalnız eşler yönünden ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmez. Kadının soyadının evlenmekle zorunlu olarak değişmesi yanında kadının soyadının ailenin soyadı olarak belirlenememesi de eşler arasında eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu durum eşler arasında olduğu kadar, ana babanın çocuk üzerindeki isim belirleme hakkı bakımından da eşitsizlik yaratır. Zira hâlihazırda evli ana babanın çocuğuna ananın soyadı verilemez⁵⁰.

⁴⁴ 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı T.C. Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun. Söz konusu Kanun kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu 23.09.2012 itibarıyla açılmıştır.

⁴⁵ AYM, Başvuru No: 2013/ 2187, T. 19.12.2013; AYM, Başvuru No: 2013/4439, T. 06.03.2014; AYM, Başvuru No: 2014/ 5836, T. 16.04.2015.

⁴⁶ Y. 2. HD, T. 18.06.2012, E. 2011/7737, K. 2012/16695; Y. 2. HD, T. 27.11.2014, E. 2014/16089, K. 2014/23993 (Kararlar için bkz. LegalBank, ET: 10.10.2023); Yargıtay'ın önceki kararlarındaki tutumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erbek Odabaşı, "Evli Kadının Soyadı", 91 vd.

⁴⁷ YHGK, T. 30.09.2015, E. 2014/2-889, K. 2015/2011; YHGK verilen bu yönde kararı için bkz. Y. 2. HD., T. 28.04.2015, E. 2014/ 20471, K. 2015/8704.

⁴⁸ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 171-172; Söz konusu kararların yerinde olmadığı yönünde bkz. Hatemi, *Aile Hukuku*, 88.

⁴⁹ TMK m. 187'nin böylece "yarı ölü" bir hüküm haline geldiği yönünde görüşü için bkz. Murat Sarıkaya, "Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadına İlişkin Güncel Durumun Değerlendirilmesi: Çelişkili Yaklaşımlar ve Düzenleme Eksiklikleri Bakımından Çözüm Önerileri", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 2 (2021), 433.

⁵⁰ Başoğlu, "Çocuğun Soyadı", 354; Öcal Apaydın, "Kadının Soyadı?", 426; Eşlerin aksi yönde anlaşmalarının kesin hükümsüz olacağı yönünde bkz. Havutcu ve Kalkancı, "Kadının Soyadı", 144; Özen, "Soyadı", 173; Ergene "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 139; Birinci Uzun, "Soyadı", 107; Arzu Genç Arıdemir, "Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan 13-14, S. 1-2 (2011-2012): 732.

B. TMK M. 187 VE M. 321 BAĞLAMINDA ÇOCUĞUN SOYADI

Kişilik hakkına bağlı olarak her çocuk doğumla birlikte bir ön ada ve soyadına hak kazanır⁵¹. Nitekim Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS) m. 7'de çocuğun doğduğu andan itibaren bir isim alma hakkına sahiptir olduğu ifade edilir⁵². Türk hukukunda çocuğun soyadı, ön addan farklı olarak soybağının velayete bağlı olmayan genel hükümleri arasında, ana babanın evli olup olmadığı ayırımına göre düzenlenmiştir⁵³.

Türk Medeni Kanunu m. 321'de ana babanın evli olması durumunda⁵⁴ çocuğun ailenin soyadını taşıyacağı öngörülmüştür⁵⁵. Burada çocuğun aile adını türev olarak edinmesi söz konusudur⁵⁶. Bununla birlikte TMK m. 321'de ailenin soyadına ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir⁵⁷. Ailenin soyadından genel soyadı tanımından farklı olarak eşlerin evlilik birliğini temsil etmek üzere kullandıkları ortak soyadı anlaşılmalıdır⁵⁸. TMK m. 187'de kadının evlenmekle kocasının soyadını alması öngörüldüğünden ortak soyadı, bir diğer ifadeyle ailenin soyadı babanın soyadı olur ve çocuğa babasının soyadı verilir⁵⁹.

⁵¹ Soyadının hukuki bir olayla, ön adın ise hukuki işlem yoluyla kazanıldığı yönünde bkz. Erdoğan, "Soyadı", 707.

⁵² Doğduğunda kimsesiz olan çocuklara da Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 19/III'e göre nüfus müdürlüğünce ad ve soyad ile ana ve baba adı verilir.

⁵³ Baygın, *Soybağı*, 97; Öcal Apaydın, "Kadının Soyadı?", 428; Başak Başoğlu, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S. 1 (2017), 352; Birinci Uzun, "Soyadı", 105.

⁵⁴ Hüküm ana babanın çocuğun doğumunda evli olup olmalarından bağımsız olarak kaleme alınmıştır. Bu sebeple ana babanın sonradan evlenmesi TMK m. 321 uygulamasına engel olmaz. Ayrıca ana babanın evli olmadığı ancak çocuğun evliliğin sona erdiği andan itibaren üç yüz gün içinde doğduğu bir ihtimalde de TMK m. 321'in uygulanacağı baskın olarak savunulur. Buna gerekçe olarak hükmün soybağına ilişkin düzenlemeler arasında yer alması ve çocuğun soyadının soybağı esasına göre belirlenmesi gösterilir. Bu yönde bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Kişiler*, 109; Baygın, *Soybağı*, 98; Yücel, *Çocuğun Soyadı*, 203; Öcal Apaydın, "Kadının Soyadı?", 450; Genç Arıdemir, "Çocuğun Soyadı", 737.

⁵⁵ Ana babanın evli olmadığı durumlarda çocuk ananın soyadını alır, meğerki çocuk ve baba arasında tanıma veya babalık hükmü yoluyla soybağı ilişkisi kurulmuş olsun (NHK m. 28, 4). Zira Anayasa Mahkemesi 2009 yılında hükmün devamında yer alan "evli değilse ananın" ibaresini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Karar için bkz. AYM, T. 2.7.2009, E. 2005/114, K. 2009/105; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 354.

⁵⁶ Claudia Stehli, OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Art. 270, (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 4. Aufl. 2021, 602 (Swisslex, ET: 10.10.2023).

⁵⁷ TMK'da esasen aile soyadı bulunmadığı, bunun İsviçre Medeni Kanunu'nun çevrisinden dilimize geldiği yönünde görüşü için bkz. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 475.

⁵⁸ Hausheer Heinz, Reusser Ruth E. ve Geiser Thomas, *in Berner Komm. Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen*, Art. 159-180 ZGB, 1999, N. 19 (Swisslex, ET. 20.09.2023); Özen, "Soyadı", 173; Nitekim Alman hukukunda bu ayrımı ortaya koyması bakımından genel olarak soyadı aile adı anlamına gelen "Familiename" ile eşlerin evlenmekle kazandıkları soyadı ise evlenme adı anlamına gelen "Ehename" kavramlarıyla ifade edilir. Biz çalışmada evlenme soyadı yerine ailenin soyadı veya eşlerin ortak soyadı demekle yetineceğiz.

⁵⁹ Öztan, *Aile Hukuku*, dn. 757; Gençcan, *Çocuk Hukuku*, 691; Yılmaz, *Aile Hukuku*, 519; Birinci Uzun, "Soyadı", 106; Baş Süzal ve Kurtalan, "Çocuğun Soyadı", 80; Seçer, "Çocuğun Soyadı", 602.

Türk Medeni Kanunu m. 187 gibi m. 321’de emredici niteliktedir⁶⁰. Ancak yukarıda ifade edildiği gibi mahkemeye başvuru yoluyla da olsa kadın eş, kocasının soyadını almayarak yalnızca evlilik öncesi soyadını taşıyabilir⁶¹. Bu durumda TMK m. 321 anlamında ailenin soyadı bulunmadığından çocuğun soyadının ne olacağı hususunda boşluk ortaya çıkar⁶². Nitekim *Öztan* da bu boşluğa ve hâkimin boşluğu farklı çözüm yolları ile giderebileceğine dikkat çekmiştir⁶³. Çözüm yollarından birincisi tanıma veya babalık davası ile soybağı ilişkisinin kurulduğu durumlarda çocuğun soyadını düzenleyen hükümlere kıyasen başvurulmasıdır. Ana babası evli olan çocuklar bakımından soyadının nasıl belirleneceği hususunda bir düzenleme getirilmeyen 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda, Tanıma ve Babalığa Hüküm başlıklı 28. maddenin dördüncü bendinde tanınan veya babalığa hüküm kararı ile soybağı kurulan çocukların, babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile nakledilmesi öngörülmüştür. Ancak *Öztan*, bu çözüm tarzının da eşler arasında eşitlik anlayışı ile bağdaşmadığını belirterek, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 270’e kıyasen gidilerek çocuğun soyadının belirlenmesinin daha uygun olacağını savunur⁶⁴.

Çocuğun soyadı bakımından bir diğer düzenleme 23.11.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5075 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 22. maddesinde karşımıza çıkar. Yönetmeliğin ilgili hükmünde evlilik içinde veya herhangi bir nedenle evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babanın soyadını alacağı ifade edilir⁶⁵. TMK m. 187’nin yürürlükte olduğu bir ihtimalde “ailenin soyadı” yerine babanın soyadını alır ifadesine yer verilmesi pratik bakımdan esaslı bir çatışmaya sebebiyet vermese de kadının bireysel davalarla tek başına kendi soyadını taşıdığı, böylece eşlerin ortak bir soyadının bulunmadığı durumlarda Yönetmelik hükmü esas alınarak çocuğa babanın soyadının verilmesi sakıncalıdır. Çocuğun soyadı onun kişilik hakkına bağlı bir hak olup, ilgili düzenlemenin kanunla yapılması gerekir. Eşlerin ayrı soyadı taşıdıkları bu evlilikler yönünden biz de söz konusu boşluğun ZGB Art. 270’in kıyasen uygulanması ile doldurulabileceği görüşüne katılıyoruz.

⁶⁰ *Öztan, Aile Hukuku*, 1010; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 171; Yılmaz, *Aile Hukuku*, 279; Çalışmanın başında da ifade edildiği gibi boşanma sonrası velayet kendisinde bırakılan ananın çocuğa kendi soyadını vermesi yönündeki müspet kararlara burada değinilmemiştir.

⁶¹ Bu durumda TMK m. 187’nin zımnı ilga mı edildiği yoksa emredici nitelikteki hükmün yorumlayıcı bir hukuk kuralı gibi ele alınması mı gerektiği hususundaki tartışmalar için bkz. Havutcu ve Kalkancı, “Kadının Soyadı”, 153 vd.

⁶² *Öztan, Aile Hukuku*, dn. 757. Gençcan, *Çocuk Hukuku*, 692.

⁶³ *Öztan, Aile Hukuku*, dn. 757.

⁶⁴ *Öztan, Aile Hukuku*, dn. 757.

⁶⁵ Hükmün tamamı şu şekildedir: “Evlilik içinde doğan çocuklar MADDE 22 - (1) Evlilik içinde veya herhangi bir nedenle evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde Türk babadan olan veya Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşlığını kazanırlar. Bu çocuklar babanın soyadını alır ve aile kütüklerinde babalarının hanesine yazılırlar.”

II. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞÜ SONRASI EVLİLİK BİRLİĞİ İÇİNDE DOĞAN ÇOCUĞUN SOYADI MESELESİ

Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187 hükmünü iptaline ilişkin kararının yürürlüğe girmesiyle kadının evlenmekle kocasının soyadını alması zorunluluğu ortadan kalkar. Eşlerin ayrı soyadı taşıyabildikleri bu ihtimalde, ana babası evli olan çocuğun soyadının nasıl tespit edileceği de belirsizleşir. Zira TMK m. 321'de, yalnızca ana babanın ortak soyadı taşıdığı ihtimalden hareketle çocuğun ailenin soyadını alması öngörülmüştür. Bu başlık altında ana babası evli çocuğun soyadı meselesi kanun koyucunun TMK m. 321 yönünden sessiz kaldığı veya Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden esinlenerek yasal düzenleme yapabileceği iki ihtimal üzerinden ele alınmıştır.

A. GENEL OLARAK İPTAL KARARI VE KANUN KOYUCUNUN SESSİZ KALMASI İHTİMALİ

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçeleri kanun koyucunun yeni düzenlemede hangi hususları gözetmesi gerektiği yönünden önemli bir yol göstericidir. Somut olayda İstanbul 8. Aile Mahkemesi TMK m. 187 hükmünün insan haklarına saygı (m. 2), kanun önünde eşitlik ilkesi (m. 10), kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (m. 17), aile hayatına saygı (m. 20), milletlerarası anlaşmalara uygunluk (m. 90) ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı (m. 153) yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile hükmün iptalini talep etmiştir⁶⁶. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmü AY m. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılığı sebebiyle iptal etmiş, diğer hükümler yönünden ayrıca bir aykırılık incelemesinde bulunmamıştır.

Kararda Anayasa Mahkemesi, aile soyadının aile bağlarının tesisinde zorunlu bir unsur olmadığını vurgulamış ancak ortak bir aile soyadının varlığının aile bağlarını güçlendireceğine, ailenin toplumsal rolüne katkı sağlayacağına dikkat çekmiştir. Buna karşılık ortak bir aile soyadına sahip olma imkânının yalnızca kadının erkeğin soyadını alması şeklinde bir dayatma ile sağlanamayacağı, eşlerden birinin soyadının veya eşlerin belirleyeceği ortak bir adın veya da eşlerin evlilik öncesi soyadlarının birleşimi ile aile soyadı oluşturulabilmesine imkân sağlanabileceği vurgulanmıştır⁶⁷. TMK m. 187'nin ilk cümlesi iptal edilmekle birlikte, ilk cümlenin iptali ile ikinci cümle de uygulama imkânını kaybedeceğinden hükmün bütünüyle iptal edilmiş olduğu sonucuna varılmıştır⁶⁸.

⁶⁶ İlk Derece Mahkemesi kararına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Durak ve Ayan, "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 366.

⁶⁷ AYM, T. 22.2.2023, E. 2022/155, K. 2023/38 (Kararda m. 45).

⁶⁸ AYM, T. 22.2.2023, E. 2022/155, K. 2023/38 (Kararda m. 51); Karşı oy değerlendirmeleri için bkz. Durak ve Ayan, "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 370 vd.

İptal kararının yürürlüğe girdiği ve kanun koyucunun eşlerin ve çocuğun soyadına ilişkin bir düzenleme yapmadığı ihtimalde bir nevi soyadının değişmezliği ilkesi gündeme gelir. Bu durumda eşler evlenmekle evlilik öncesi soyadını taşımaya devam eder. Bu noktada esasen eşlerin soyadının belirsizliği sorunu ile karşılaşılmaz. Ancak soyadının değişmezliği ilkesinin benimsendiği bir ihtimalde TMK m. 321’de öngörülen ailenin soyadından da söz edilemez. Nitekim yorum yoluyla ailenin soyadına eşlerden birinin soyadı olarak ulaştırılması kanaatimizce mümkün değildir. Bu durumda çocuğun soyadını düzenleyen TMK m. 321 uygulanma imkânını yitirir ve hükmün örtülü olarak yürürlükten kalkmış olduğu söylenebilir. Ancak TMK m. 321’in uygulanmadığı bir ihtimalde çocuğun soyadının nasıl belirleneceği hususunda açık bir kanun boşluğu ile karşı karşıya kalınır. Zira Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 22’ye gerekçe gösterilerek çocuğa babasının soyadının verilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi eşlerin ortak soyadı taşımadığı ihtimalde TMK m. 321 hükmüne gidilemeyeceğinden çocuğun soyadına ilişkin bir hukuk boşluğunun ortaya çıkması aslında yeni bir sorun değildir. Ancak bu ihtimaller, kadın eşin evlilik öncesi soyadını tek başına taşıdığı münferit hallerle sınırlıdır. Oysa TMK m. 321’in yürürlükten kalktığı, en azından uygulanmasının mümkün olmadığı bir ihtimalde ana babası evli olan her doğan çocuk bakımından soyadının belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. Her ne kadar yukarıda kanun boşluğunun ZGB Art. 270’e kıyasen doldurulabileceği ifade edilmişse de hâkimlerin söz konusu kıyas hükmü ile bağlı olmadıkları, bu sebeple başvurularda farklı gerekçelerle farklı sonuçlara varılabileceği unutulmamalıdır, meğerki bu yöndeki farklı uygulamalar neticesinde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı vermiş olsun. Ancak bu ihtimalde dahi çocuğun soyadının belirlenmesi için mahkemeye başvurulması gerektiği, bu durumun Mahkemelerin iş yükü göz önüne alındığında katlanılamaz olacağı, diğer yandan söz konusu belirlemenin gecikmesi halinde kamu düzeninin bozulacağı, ilgili kurallı kuvvetler ayrılığı gereği yasa koyucunun koyması gerektiği açıktır. Bu sebeple ideal olan kanun koyucunun aile hukukunda uzman uygulayıcıların ve öğretinin görüşlerini dikkate alarak sorunlara kalıcı ve tatminkâr düzenlemeler getirmesidir.

Çocuğun soyadının tespit edilmesine ilişkin hususlar şüphesiz evliliğin soyadına etkisini düzenleyen kurallarla doğrudan irtibatlıdır. Bu sebeple çalışmanın devamında Türk hukuku bakımından yol gösterici olması mümkün, Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil üç ülke (İsviçre, Almanya, Avusturya) hukukunda eşlerin ve çocuğun soyadı meselesine ilişkin düzenlemeler incelenecek, bu düzenlemelerin eksik yönleri ve hukuken ortaya çıkan yeni eğilimler üzerinde durulacaktır. Söz konusu tespitlerin yeni bir düzenleme getireceğini düşündüğümüz kanun koyucuya yol gösterici olması ve benzer eksikliklerin Türk hukuku bakımından doğmaması temenni olunur.

B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EŞLERİN VE ÇOCUĞUN SOYADI

Eşlerin ve çocuğun soyadına ilişkin düzenlemeler ülkelerin milli hukukuna göre farklılıklar gösterir. Her ülke özelinde çocuğun soyadının nasıl belirlendiği meselesi çalışmamız kapsamını aşar. Bu sebeple burada Türk hukuk sistemine yakın ve kanaatimizce meseleye olumlu çözüm tarzı getirebilmiş İsviçre, Alman ve Avusturya hukuklarına yer verilmekle yetinilmiştir⁶⁹.

1. İsviçre Hukuku

İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) 2011 yılına kadar kadın ve çocuğun soyadına ilişkin hükümler TMK m. 187'ye ve m. 321'e paralel olmuştur⁷⁰. 30 Eylül 2011 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenlemeyle eşlerin ve çocuğun soyadına ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Nitekim İsviçre kanun koyucusu uzun yıllardır süregelen eşlerin ortak bir aile soyadı kullanması hususundaki zorlayıcı tavrından vazgeçmiş, eşlerin evlenmekle evlilik öncesi soyadını korumaya devam edeceklerini, yani soyadının değişmezliği ilkesini kabul etmiştir (ZGB Art. 160/I⁷¹).

Kanun koyucu çiftlerin beraberliklerini isimlerinde ifade etme ihtiyacını da gözeterek nişanlı çiftlere bekârlık soyadlarından birini ortak soyadı (gemeinsamer Familienname) olarak belirleme imkânı vermiş (ZGB Art. 160/II), komisyon raporunda hükmün amacının geleneklere bağlı insanların ihtiyacını karşılamak olduğu ifade edilmiştir⁷². Nişanlıların evlilik öncesi soyadını muhafaza etmeye karar verdikleri bir ihtimalde ise çocuğa kimin soyadının verileceği hususunda anlaşmaları istenmiştir, meğerki nüfus memuru haklı sebeplerle nişanlıları bu yükümlülükten muaf tutmuş olsun (ZGB Art. 160/III⁷³).

⁶⁹ Çocuğun soyadına ilişkin düzenlemeler ülkelerin milli hukukuna göre farklılıklar gösterebilir. Her ülke bakımından çocuğun soyadının nasıl belirlendiği meselesi çalışmamız kapsamını aşar. Bu sebeple Türk hukuk sistemine yakın ve kanaatimizce meseleye olumlu çözüm tarzı getirebilmiş üç ülke hukuku ile sınırlı kalmıştır. Dünyadaki diğer ülkelerin hukuklarında çocuğun soyadına ilişkin düzenlemeler hakkında Alman Federal Mahkemesinin kapsamlı raporu (alfabetik sırayla) için bkz. <https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/pdf/BMI-V5a-0016-A002.pdf> (ET. 20.10.2023).

⁷⁰ Genç Arıdemir, "Çocuğun Soyadı", 734. Söz konusu dönemde İsviçre'ye karşı AİHM'e yapılan başvurular için bkz. Öcal Apaydın, "Kadının Soyadı?", 430 vd.

⁷¹ Bu sebeple hükmün kenar başlığı aile adı veya evlenme soyadı olarak değil, yalnızca soyadı olarak düzenlenmiştir. Helvacı ve Kocabaş, "Kadının Soyadı", 629.

⁷² BBI, 2009, 403 (411); Schmid, OFK Art. 160, 378.

⁷³ Çocuğun soyadına ilişkin belirlemenin hükmün lafzında nişanlılar kavramı kullanıldığından evlenme başvurusunda yapılması beklenirse de Medeni Durum Yönetmeliği (Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004) Art. 37/II'ye göre eşler farklı isimler taşıyorlarsa ve evlendikleri sırada çocuklarının hangi ismi taşıyacağını beyan etmemişlerse, ilk çocuğun doğum bildirimiyile birlikte nüfus memuruna yazılı olarak çocuklarının isimlerinden hangisini taşıyacağını beyan etmeleri istenmiştir. Kanun koyucu eşlerin aile ismi konusunda anlaşamamaları halinde ise ne yapılacağını açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Buna göre eşler arasında bir anlaşmaya varılmazsa, çocuğun korunmasına ilişkin önlemleri düzenleyen ZGB Art. 307'e göre çocuğa soyadı verilmesi gerektiği yönünde bkz. Stehli, OFK Art. 270, 603.

Eşlerin ortak soyadı kullanması hususunda zorlayıcı bir hükmün tesis edilmesi halinde, büyük oranda erkek eşin soyadının aile soyadı olarak seçileceği kaygısını taşıyan İsviçre kanun koyucusu söz konusu eşitliğin fiilen hayata geçmesini sağlamak, daha basit ve açık bir düzenleme getirme ihtiyacından bahisle aile içinde isim birliği ilkesi (Prinzip der Namenseinheit in der Familie) yerine soyadının değişmezliği ilkesini (Prinzip der Unveränderbarkeit des Namens) benimsemiş, aynı zamanda eşlerin çift soyadı (Doppelname) taşımaları imkânını da sona erdirmiştir⁷⁴.

İlgili hükümler kadın eşin soyadını değiştirmek zorunda bırakılmaması yönünden olumlu karşılanmışsa da bu defa da eşlere çift soyadı taşıma imkânı vermemesi yönüyle eleştirilmiştir⁷⁵. Oysa 2013'te yürürlüğe giren düzenleme öncesinde İsviçre hukukunda da kadın eşi Türk hukukunda hali hazırda olduğu gibi kocanın soyadı önünde kendi soyadını taşıma imkânı verilmiştir⁷⁶. Hükmün gerekçesinde değişiklik sonrası kuralın soyadının değişmezliği olduğu vurgulanmış, bu sebeple çift soyadı taşınmasına ilişkin gerekliliğin de ortadan kalktığı savunulmuştur⁷⁷. Öğretide ise çift soyadı kullanımı imkânının kaldırılması sonucu kendi soyadı ortak soyadı olmayan eşi, ortak soyadının önünde bekârlık soyadını da taşıma imkânı verilmemesi sebebiyle özellikle de kadın eşler bakımından kimliğini muhafaza (Identität) ve eşler arası bağlılık (Zusammengehörigkeit) ilişkisi hususunda zor bir karar sürecinin yaratıldığı ifade edilmiştir⁷⁸.

İsviçre hukukunda eşlerin soyadına ilişkin revizyona paralel olarak çocuğun soyadı ile ilgili hükümlerde de değişikliğe gidilmiş, çocuğun soyadı temelde ana babanın evli olup olmamasına göre iki ayrı hükümde düzenlenmiştir. Ana babası evli olan çocuğun soyadı bakımından düzenleme getiren ZGB Art. 270'te, eşlerin ortak bir aile adı belirleyip belirlememelerine göre farklı sonuçlar öngörülmüştür. Kural eşlerin soyadının değişmezliği olduğundan hükmün birinci fıkrasında ana babanın farklı soyadı taşıdığı ihtimal üzerinde durulmuş, bu durumda çocuğun evlilik birliği kurulurken -ZGB Art. 160/III'e göre- nişanlılarca kararlaştırılan soyadını alacağı ifade edilmiştir (ZGB Art. 270/I).

⁷⁴ Ursula Schmid, OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Art. 160, (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 4. Aufl. 2021, 378 (Swisslex, ET: 10.10.2023).

⁷⁵ Fleur Weibel, "Kein gemeinsamer Name mehr?", *Die Praxis Des Familienrechts (FamPra.ch)*, 2018, 961.

⁷⁶ Hükmün önceki hali TMK m. 187'ye paralel şekildedir. Terminolojik olarak kadın evlenmekle kocasının soyadını alır yerine kocanın soyadı eşlerin aile soyadıdır denilmiştir. Hükmün Almanca metni için bkz. "(1) Der Name des Ehemannes ist der Familienname der Ehegatten. (2) Die Braut kann jedoch gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, sie wolle ihren bisherigen Namen dem Familiennamen voranstellen. (3) Trägt sie bereits einen solchen Doppelnamen, so kann sie lediglich den ersten Namen voranstellen.

⁷⁷ BBl, 2009, 403 (417).

⁷⁸ Weibel, "Name", 962. Bununla birlikte İsviçre hukukunda eski bir geleneğe dayanan ve "Allianzname" olarak ifade edilen, kendi soyadı ortak soyadı seçilmeyen eş bakımından resmi makamlarda geçerli olmamakla birlikte günlük hayatta bir çizgi ile evlilik öncesi soyadının da kullanılabileceği şeklindeki imkânın devam ettiği yönünde bkz. Schmid, OFK Art. 160, 378.

Hükmün devamında eşlerin ilk çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde, çocuğun -yalnız- diğer ebeveynin soyadını taşıması yönünde ortak bir kararla talepte bulunabilecekleri düzenlemesine yer verilmiştir (ZGB Art. 270/II). Böylece evlilik beyanında sunulan ortak iradenin ilk çocuğun doğumundan belirli bir süre geçinceye kadar değiştirilmesine imkân sağlanmıştır. Söz konusu imkânın yalnızca ilk çocuğun doğumuna özgü olarak tanınması, çocukların tamamının aynı soyadını taşıması kuralının hâkim olduğunu, birden fazla çocuğa farklı soyadının verilmeyeceğini gösterir⁷⁹. Son fıkrada ise eşlerin ortak bir aile adı varsa çocuğun da bu soyadını taşıyacağı ifade edilmiştir (ZGB Art. 270/III).

Sonuç olarak İsviçre hukukunda eşler bakımından soyadının değişmezliği öngörüldüğünden cinsiyetler arası eşitliğin sağlandığı söylenebilir. Buna karşılık, kanun koyucunun çift soyadı uygulamasını sona erdirmesi ile ilgili hükümlerin kendi soyadı ortak soyadı olarak benimsenmeyen ve çocuğa soyadını veremeyen eş yönünden eksik kaldığı söylenebilir.

2. Alman Hukuku

1 Ocak 1900'de yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) ilk halinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı öngörülmüş (BGB § 1355), 18 Haziran 1957 tarihli Eşit Haklar Yasası (Gleichberechtigungsgesetz) temelinde, kadına kocasının soyadı yanında evlilik öncesi soyadını da (Begleitname) taşıma imkânı verilmiştir⁸⁰. Bu noktada kadın eşin soyadının ortak soyadı olarak belirlenmesi mümkün değilken, 14 Haziran 1976 tarihli Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Kanunu (Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts) ile BGB § 1355 hükmü değiştirilmiş, kocanın veya kadının doğumla kazandığı soyadının ortak soyadı olarak belirlenebileceği düzenlenmiştir⁸¹. Ancak hükmün ikinci fıkrasında bu belirlemenin yapılamadığı bir ihtimalde kocanın soyadının ortak soyadı olması öngörülmüş, bu fıkra Federal Anayasa Mahkemesi'nce eşitliğe aykırı görülerek iptal edilmiş ve kanun koyucu yeni bir düzenleme yapmaya kadar ortak soyadı taşımak istemeyen eşlerin soyadının değişmeyeceği kabul edilmiştir⁸². Nihayet 16.12.1993 tarihli Aile Adının Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Kanun (Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts) ile eşlerin ortak bir aile adı taşıma zorunluluğu sona erdirilmiş, düzenleme 1.4.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece eşle-

⁷⁹ Schmid, OFK Art. 160, 379.

⁸⁰ Dieter Hahn, in BeckOK BGB, BGB § 1355, Hau/Poseck, 67. Edition, 2023, N. 1; Roland Stockmann, in Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, BGB § 1617, 4. Aufl., 2023, N. 194. Alman hukukunda doğum yoluyla kazanılan aile adı (Familiename) ve doğum adının (Geburtsname) aynı anlamda kullanıldığı yönünde bkz. Abik, *Soyadı*, 31.

⁸¹ Kanunda eşlerin ortak soyadı, evlenme soyadı (Ehename) olarak ifade edilmiştir. Aile soyadı ve evlenme soyadının farklı anlamlar ihtiva ettiği yönünde bkz. Hahn, in BeckOK BGB, BGB § 1355, N. 1. Çalışmada kavram birliği açısından evlenme soyadı yerine ortak soyadı ifadesi tercih edilmeye devam edilmiştir.

⁸² Abik, *Soybağı*, 185.

rin ortak bir aile soyadı belirlemeleri zorunluluğu olmadığı, ancak belirlenecekse bunun kadının veya erkeğin doğumla kazandığı soyadlarından⁸³ biri olabileceği bir sistem benimsenmiştir. Ancak bu hüküm de kadın eşin evlilikle kazandığı soyadının yeni evlilik bakımından ortak soyadı teşkil edememesi yönünden Federal Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfG) 18.2.2004 tarihli kararında⁸⁴ anayasaya aykırı bulunmuş ve söz konusu sınırlama terk edilmiştir. İptal kararının 12.2.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle § 1355 BGB hükmü günümüzdeki halini almıştır⁸⁵.

Alman hukukunda her ne kadar eşlerin ortak bir aile soyadı taşımaları zorunluluğu ortadan kaldırılmışsa da ZGB'de olduğu gibi soyadının değişmezliği ilkesinin benimsendiği söylenemez. Nitekim kanun koyucu BGB § 1355/I'de eşlerin ortak bir aile adı belirleyebilmelerine vurgu yapmış⁸⁶, ortak soyadının belirlenmemesi halinde her eşin evlilik öncesi soyadını -ki bu soyadının doğumla olduğu gibi evlenme ile kazanılan bir soyadı olması da mümkündür (BGB § 1355/II)- evlilik sonrası da taşınabileceğini kabul etmiştir. Buna göre soyadının değişmezliğinin ikincil bir düzenleme olarak Kanun'daki yerini aldığı eşler arasında kural olarak soyadı birliğinin (Prinzip der Namenseinheit) olduğu söylenebilir⁸⁷.

Alman hukukunda ortak soyadının çift soyadı olarak belirlenmesine imkân sağlanmamış, ancak İsviçre kanun koyucusundan farklı olarak soyadı ortak soyadı olarak belirlenmeyen eşin, kendi soyadını da ortak soyadı ile kullanabileceği öngörülmüştür (BGB § 1355/IV). Böylece çift soyadı kısmen uygulanabilmiştir.

Ana babanın ortak soyadı taşıması halinde çocuğun da bu soyadını taşıyacağı BGB § 1616'da düzenlenmiştir. Bununla birlikte ana babanın aynı soyadını kullanmadığı ancak ortak velayet hakkının bulunduğu hallerde çocuğun soyadının ne olacağı hususuna BGB § 1617'de yer verilmiştir⁸⁸. Buna göre ortak bir aile soyadı bulunmayan ana babadan, çocuğun doğumu beyanıyla birlikte çocuğun ana veya babadan hangisinin soyadını taşıyacağını beyan etmesi beklenir. Doğum beyanından sonra yapılan beyanın ise resmi şekilde onaylanmış olması gerekir. Çocuğun soyadına ilişkin yapılan beyan, çiftin diğer çocukları bakımından da geçerli olur (BGB § 1617/I⁸⁹).

⁸³ Doğum adı, kişinin doğumunun nüfus müdürlüğüne beyanı sırasında doğum belgesine yazılacak olan ad olarak tanımlanmıştır (BGB § 1355/IV).

⁸⁴ BVerfG FamRZ 2004, 515.

⁸⁵ Stockmann, in Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, BGB § 1617, 4. Aufl., 2023, N. 194; Tarihi gelişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Moroğlu, "Kadının Soyadı", 248 vd.

⁸⁶ Bu beyanın evlenme sırasında yapılması gerektiği, sonradan yapılan beyanın resmi makamlarca onaylanması gerektiği ifade edilmiştir (BGB § 1355/III).

⁸⁷ Helvacı ve Kocabaş, "Kadının Soyadı", 621.

⁸⁸ Burada önemli olan ana babanın ortak velayet hakkına sahip olmasıdır. Ana babanın evli olup olmaması önem taşımaz. Bkz. Markus Pöcker, in BeckOK BGB, BGB § 1617, hrsg. Hau, Wolfgang ve Poseck, Roman, 67. Edition, München, 2023, N. 2.

⁸⁹ Söz konusu düzenleme kardeşlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde isim birliğinin sağlanması amacı güder. Bkz. Pöcker, in BeckOK BGB § 1617, N. 1.

İsviçre kanun koyucusundan farklı olarak Alman kanun koyucusu ana babanın aynı soyadını kullanmadıkları ve çocuğun soyadını belirleyemedikleri duruma ilişkin de bir düzenleme getirmiştir⁹⁰. Şöyle ki; ana ve babanın doğumdan itibaren bir ay içinde çocuğun ismini belirleyememeleri halinde bu durumun nüfus idaresince aile mahkemesine bildirilmesi öngörülmüştür (FamFG § 168a Abs. 2). Bu bildirim sonrasında aile mahkemesi çocuğa verilecek aile soyadının belirlenmesi amacıyla eşlerden birine karar hakkı tanır⁹¹. Kendisine hak tanınan eş, çocuğun soyadını birinci fıkra hükümlerine göre belirleyebilir. Mahkeme söz konusu hakkın belirli bir süre içerisinde kullanılmasını öngörür. Şayet eş süresi içinde bu hakkı kullanmazsa, kendisine seçim hakkı verilen tarafın soyadı çocuğun soyadı olarak kaydedilir (BGB § 1617/II⁹²).

Kanun koyucunun çocuğun soyadı taşıma hakkını gözeterek, eşlere doğumdan itibaren bir aylık bir süre tanınması ve belirsizliğin devamı halinde bir müdahalede bulunması uygun olsa da aile mahkemesinin belirleyeceği eşe bu hakkın verilmesinin yerindeliği kanaatimizce tartışmalıdır. Zira aile mahkemesinin eşlerden hangisini tercihe muktedir göreceği belirsizdir⁹³. Bu noktada çocuğun üstün yararı gözetilerek bir karar verilmesi şüphesiz olmakla birlikte, üstün yararı gösteren objektif ölçütler getirilmesi güçtür⁹⁴.

⁹⁰ Velayet hakkını haiz ana baba arasında çıkan fikir uyuşmazlıklarında hâkimin müdahalesi genel olarak BGB § 1628'de düzenlenmiştir. BGB § 1617'de yer alan müdahale bunun özel bir görünümü olarak nitelendirilir. Bkz. Pöcker, in BeckOK BGB § 1617, N. 18.

⁹¹ Ancak eşlerin çocuğun soyadını belirlemelerine ilişkin belirlenen bir aylık süre kesin süre değildir. Burada öncelikli gözetilen husus eşlerin ortak bir kararda buluşabilmeleridir. Bu sebeple bir aylık süre geçmiş olsa dahi aile mahkemesi eşlerden birine soyadını belirleme hakkı tanıyınca kadar eşlerin anlaşmaları ve buna göre çocuğun soyadını belirleme imkânı mevcuttur. v. Sachsen Gessaphe, in MüKoBGB § 1617, 8. Aufl. 2020, N. 30.

⁹² Ancak çocuk Almanya'da doğmamışsa, mahkemenin 2. fıkraya uyarınca ana babadan birine tanıdığı karar hakkı ana babadan birinin veya çocuğun talep etmesi veya çocuğun adının bir Alman nüfus kütüğüne veya resmi bir Alman kimlik belgesine kaydedilmesinin gerekli olması durumunda gündeme gelir (BGB § 1617/III); Bunun yanında ana babanın sonradan ortak bir aile soyadı belirlemeleri veya aile soyadının değişmesi halinde bunun çocuğun soyadına etkisinin ne olacağı da BGB § 1617c'de düzenlenmiştir. Buna göre ana baba çocuğun beş yaşını tamamlamasından sonra ortak bir aile soyadı belirlemişse, bu soyadının çocuğun da soyadı olabilmesi için çocuğun da değişikliğe katılması gerekir. Ayırt etme gücünü haiz ve on dört yaşını tamamlamış çocuğun beyanı bizzat alınır. Yasal temsilci de beyana rıza göstermelidir.

⁹³ OLG Bamberg Senat für Familiensachen, Beschluss vom 02.02.2000 - 2 UF 327/99 (Beckonline, ET: 20.10.2023). Kararda ismin bir hayvan ismine benzerliği nedeniyle diğer öğrenciler tarafından sürekli alay konusu olması ve bu durumun çocukta psikolojik strese yol açması sebebiyle isim değişikliğine verilen rızanın -BGB § 1618 kapsamında- değiştirilebileceğine hükmedilmiştir; İsimlerden biri nedeniyle aile çevresinden gelen düşmanlık veya alay; bu konuda aile içinde hissedilen utanç; üçüncü tarafın kendi adının verilmesini kabul etmemesi gibi durumlar da akla gelebilse de mutlak bir sonuca ulaşmanın zor olduğu ve çift soyadı yerine bu zor kararın hakime yüklenmesi hususunda eleştirileri için bkz. v. Sachsen Gessaphe, in MüKoBGB § 1617, 8. Aufl. 2020, N. 31; Eşlerin anlaşamadıkları bir ihtimalde yargı organlarının bu belirlemeyi yapabileceği yönünde bkz. Seçer, "Çocuğun Soyadı", 627..

⁹⁴ v. Sachsen Gessaphe, in MüKoBGB § 1617, 8. Aufl. 2020, N. 30-31.

Kanun koyucunun en nihayet çocuğun soyadı sorununu aile mahkemelerince eşlerden birine verilen belirleme hakkı yoluyla çözüme ihtiyacı kanaatimizce çift soyadı kullanımına imkân verilmemesinden ileri gelir⁹⁵. Zira eşlerden ancak birinin çocuğa soyadını vermesi mümkündür⁹⁶. Kanaatimizce nişanlıların ortak soyadını çift soyadı şeklinde belirleyememeleri, onların ortak soyadı belirlenmesi hususunda da caydırıcı rol oynar. Nitekim Alman kanun koyucusu ortak soyadının ve çocuğun soyadının çift soyadı şeklinde belirlenememesi yönündeki tutumunu değiştirmiştir. Çift soyadı kullanımına imkân verilmemesinin yarattığı sıkıntıları gidermek adına hazırlanan 11.4.2023 tarihli Evlilik ve Doğum Adına İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesine ilişkin Kanun Tasarısı (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts) 23.8.2023 tarihinde kabul edilmiştir⁹⁷. Söz konusu değişikliklerin nüfus işlemlerinde dijital altyapının hazırlanmasını müteakip, 1.1.2025'te yürürlüğe girmesi öngörülmektedir.

Yeni düzenlemeye göre eşlerin ortak bir soyadı taşıma zorunluluğu yoktur. Ancak eşler ortak bir soyadı belirlemek istiyorsa bu soyadı içlerinden birinin soyadı olabileceği gibi tire işaretiyle (-) bağlanmış, ikisine ait soyadından da teşekkül edebilir⁹⁸. Bu halde çocuğa da çift soyadından oluşan ortak soyadı verilir. Eşlerin evlilik öncesi soyadını kullanmaya devam ettiği, ortak bir soyadının belirlenmediği durumlarda da çocuğa hem annenin hem de babanın soyadı olmak üzere çift soyadı verilmesi mümkün olur. Ancak birden fazla soyadı alınmasında sınır iki soyadıdır. O halde çift soyadına sahip kişilerin evlenmesi halinde, taraflardan birinin çift soyadı ailenin ortak soyadı olarak kabul edilebileceği gibi, ortak soyadının iki eşin soyadından oluşması isteniyorsa, taraflar iki soyadından birer soyadını seçerek ortak soyadı oluşturabilir. Örneğin, Hans Schneider- Müller ile Anne Koch- Mahler evlenmekle hali hazırdaki soyadlarını muhafaza edebilir. Yine Schneider- Müller veya Koch- Mahler soyadını ortak soyadı olarak da belirleyebilirler. İki tarafında soyadının kullanılması istendiğinde ise ortak soyadı Schneider- Koch, Schneider- Mahler, Müller- Koch, Müller-Mahler şeklinde belirlenebilir. Taraflar hangi soyadının önce hangisinin sonra geleceğini belirlemek üzere serbesttir.

3. Avusturya Hukuku

Avusturya'da 2013 yılında kabul edilen Soybağı ve Ada İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'la birlikte (KindNamRÄG⁹⁹) Avusturya Medeni

⁹⁵ Aynı yönde bzk. v. Sachsen Gessaphe, in MüKoBGB § 1617, 8. Aufl. 2020, N. 31.

⁹⁶ Pöcker, in BeckOK BGB § 1617, N. 5.

⁹⁷ Tasarı için bkz. https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Namensrecht.html?nn=110518.

⁹⁸ Yeni düzenlemeye ilişkin eleştirileri için bkz. Saskia Lettmaier, Kritische Überlegungen zum Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts, *NZ Fam* 2023, 625 vd.

⁹⁹ Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/II/2013/15>.

Kanunu'nda (ABGB) eşlerin ve çocuğun soyadını düzenleyen hükümlerde değişiklikler yapılmıştır¹⁰⁰. Söz konusu reformun temel amacı eşlerin çift soyadı kullanabilmesine ve süresiz bir şekilde soyadını belirleyebilmelerine imkân sağlayarak daha esnek ve daha özgürlükçü düzenlemeler oluşturmaktır¹⁰¹. Avusturya hukukunu İsviçre ve Alman hukukundan ayrı olarak incelemeyi gerektirir husus da tam olarak çift soyadı uygulamasına yer vererek, eşlerin ortak soyadı belirleme imkânlarını arttırması ve hükmün on yılı aşkın süredir uygulanmasından ileri gelir. Nitekim Avusturya hukukunda da İsviçre ve Alman hukukunda olduğu gibi ortak soyadı taşıma mecburiyeti bulunmamakta, eşlerden herhangi birinin soyadı ortak soyadı olarak belirlenebilmektedir.

Soyadı (Name) kenar başlıklı ABGB § 93/I'de, eşlerin ortak soyadını birlikte belirleyecekleri, eşlerin ortak soyadı belirlemedikleri durumlarda ise evlilik öncesi soyadlarını muhafaza edecekleri ifade edilmiştir. Ortak soyadının nişanlılardan veya eşlerden birinin soyadı olarak belirlenebilmesi yanında her ikisinin soyadından oluşan çift soyadının da ortak soyadı olarak belirlenebilmesi mümkündür (ABGB § 93/II). Bu noktada çift soyadı arasına tire işareti konulmalıdır (ABGB § 93/IV). İsviçre hukukundan farklı olarak Avusturya hukukunda soyadı ortak soyadı olarak belirlenmeyen eşe, ortak soyadının önünde veya arkasında kendi soyadını muhafaza edebilme imkânı da sunulur. Ancak eşler hâlihazırda çift soyadı taşıyorlarsa, ortak soyadında bu soyadlarından yalnızca birini kullanabilirler (ABGB § 93/III). Böylece kişilerin soyadı sayısı iki soyadı ile sınırlandırılmış, çift soyadını aşar şekilde uzun ve karmaşık isimlerin belirlenmesinin önüne geçilmiştir.

Çocuğun soyadının düzenlendiği ABGB § 155/I'de ise çocuğun ailenin ortak soyadını alacağı öngörülmüştür. Ancak eşlerden birinin ABGB § 93/III'e göre taşıdığı çift soyadının da çocuğa verilmesi mümkündür. Buna göre eşlerin ortak soyadı olduğu bir ihtimalde dahi çocuğa kendi soyadı ile ortak soyadını bir arada kullanan, çift soyadı taşıyan eşin soyadı verilebilecektir. Böylece eşlerin içlerinden birinin soyadını ortak soyadı olarak belirledikleri bir ihtimalde de diğer eşin ortak olmayan soyadının çocuğa aktarılması mümkün hale gelir.

Hükmün ikinci fıkrasında ise ana babanın ortak bir soyadı taşımadığı ihtimalde çocuğun soyadının ana veya babanın soyadı olarak belirlenebileceği, eğer ana veya baba çift soyadı taşıyorsa bu adın tamamının veya bir parçasının seçilerek çocuğun soyadı olarak belirlenmesine imkân sağlanmıştır. Yine ana babanın ortak bir soyadı belirlememeleri halinde çocuğa kendi soyadlarından oluşan çift

¹⁰⁰ Bu değişiklikler 1.2.2013'te yürürlüğe girmiştir. Avusturya hukukunda Mayıs 1995'ten beri eşlerin ortak soyadı taşıma zorunluluğu bulunmamakta ve eşler içlerinden birinin soyadını ortak soyadı olarak belirleyebilmekteydi. Ortak soyadı belirlenmediği durumlarda evlenme başvurusunda çocuğa verilecek soyadının belirlenmesi, bu belirlemenin yapılmaması halinde ise çocuğun babasının soyadını alması öngörülmüştü. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, "Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", 429 vd.; Göztepe, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Soyadı", 124 vd.; Ayan, "Soyadı", 36 vd.

¹⁰¹ Christina Schnittler, *Das Recht des Familiennamens unter besonderer Berücksichtigung des KindNamRÄG*, Graz, 2013, (<https://unipub.uni-graz.at/obvugrns/content/titleinfo/233810/full.pdf>), 33.

bir soyadı vermeleri de mümkündür. Ancak ana baba da çift soyadı taşıyorsa bu soyadlarından yalnızca birini çocuğa vererek yeni bir çift soyadı oluşturabileceklerdir. Böylece kanun koyucu çocuk bakımından da soyadının en fazla çift olabilmesi sınırlamasını getirmiştir. Çocuğa ana babanın soyadından oluşan çift soyadı verilmesi durumunda da soyadları tire işareti ile ayrılmalıdır.

Birinci ve ikinci fıkrada eşlere çocuğun soyadını belirlemede diğer ülkelere kıyasen oldukça fazla seçenek sunan Avusturya kanun koyucusu bu belirlemenin yapılabilmesi için ana babanın ortak rızasını arar. Ancak ana baba yukarıdaki fıkralara uygun bir belirleme yapamamışlarsa ABGB § 155/III'te çocuğa -tek veya çift soyadı taşıyan- ananın soyadının verileceğini öngörülür¹⁰².

Kanaatimizce ABGB § 155/III'te çocuğa son ihtimalde annenin soyadının verilmesi, çocuk ile ana arasında soybağı ilişkisinin doğum yoluyla kurulmasına ve ananın belli olmasına, bunun yanında çocuğun bir an evvel soyadının belirlenmesi gerekliliğine dayandırılabilir¹⁰³. Diğer yandan çocukla babası arasındaki soybağı ilişkisinin kalkması halinde çocuk bu soyadını kullanım hakkını da kaybeder¹⁰⁴. Oysa ananın soyadının çocuğa verildiği bir ihtimalde, çocuğun kişiliğinin bir parçası olan soyadının değişmesi tehlikesi ile karşılaşmayacağı savunulabilir. Bu anlamda çocuğa ana babadan yalnızca birinin soyadının verilmesi şeklinde bir düzenlemede, şayet taraflar kimin soyadının çocuğa verileceği hususunda anlaşamamış ise ananın soyadının çocuğa verilmesi bize göre de çocuğun daha yararına olur.

Buna karşılık çift soyadının kabul edildiği bir düzende söz konusu hükmün yerindeliği tartışmalıdır. Zira haklı bir sebep olmaksızın eşler arasındaki eşitlik ilkesi bu defa da erkek eş aleyhine bozulur. Kanun koyucunun eşlerin ortak iradele buluşamadıkları bir ihtimalde mutlak suretle ananın soyadının çocuğun soyadı olacağını öngörmesi, kadın eşe çocuğa verilecek soyadının belirlenmesinde açık bir üstünlük sağlar. Bir anlamda erkeğin soyadının da çocuğa verilebilmesinde karar verici kadın eş olur.

Son olarak ABGB § 157/I'e göre soyadının 155. madde uyarınca belirlenmesine yalnızca bir kez izin verilir. Bir anlamda kanun koyucu soyadının belirlenmesinden özgürlükçü davranmış, ancak belirlemenin yapılması ile bunun değiştirilemeyeceğini öngörerek, sonradan ortaya çıkan karar değişiklikleriyle soyadının da sürekli değişmesi tehlikesini bertaraf etmiştir. Ancak ana babadan birinin soyadının değişmesi veya ana babanın evlenmesi halinde çocuğun soyadı yeniden belirlenebilir. Yine çocuğun evlat edinilmesi veya çocuğun soybağına ilişkin değişikliklerin olduğu bir ihtimalde de soyadının değişmesi mümkündür (ABGB § 157/II).

¹⁰² Anne babanın evli olmadığı ve aralarında bir velayet anlaşmasının bulunmadığı hallerde de çocuğa annenin soyadı verilir. Taraflar (ebeveynler) varsa velayet anlaşması ile çocuk için ortaklaşa bir aile adı belirleyebilirler.

¹⁰³ Benzer yönde gerekçeler için bkz. Ergene, "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 169.

¹⁰⁴ Özen, "Soyadı", 181.

C. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ÖNERİMİZ

Türk hukuku bakımından çocuğun soyadına ilişkin belirlemeden önce aile adının nasıl belirleneceği önem taşır. Türk kanun koyucusu kadının soyadı odaklı hüküm kurma alışkanlığını terk etmeli, soruna cinsiyet ayrımı yapılmaksızın eşlerin aile adı temelinde yaklaşılmalıdır¹⁰⁵. Evlilik yalnızca kadının soyadına etki eden bir kurum olmaktan çıkarılmalı, hükmün kenar başlığı “kadının soyadı” yerine “evlilik soyadı” yahut kanunun sistematige de göz önüne alınarak “soyadı” veya “aile adı” şeklinde kaleme alınmalıdır¹⁰⁶.

Soyadının değişmezliği genel ilkesi ve kişilik değerinin bir parçası olması dikkate alındığında, evlenmekle kişilerin bu hakkı ellerinden alınmamalı, dolaşısıyla ailede soyadı birliğinin zorunlu olmasından vazgeçilerek, eşlerin evlilik sonrası da evlilik öncesi soyadlarını kullanmalarına imkân sağlanmalıdır¹⁰⁷. Her ne kadar İsviçre hukukunda olduğu gibi evlenmekle kadın ve erkeğin soyadının değişmemesi ilkesinin benimsenmesi soruna en kolay çözüm tarzı gibi görünse de kanaatimizce ortak soyadının belirlenmesi imkânı, toplumsal alışkanlıklar da dikkate alındığında evlilik birliğini tanıtmaya işlevi gören önemli bir görevi haizdir¹⁰⁸. Eşlerin ortak soyadı taşınmalarında en fazla menfaat sahibi olan da çocuktur. Bu sebeple Türk hukuku bakımından soyadının değişmezliği ikincil bir imkân olarak düzenlenmeli, Alman hukukunda olduğu gibi öncelikle eşlerin ortak soyadı belirleyebilecekleri vurgulanmalı, ortak soyadının belirlenmemesi halinde eşlerin evlilik öncesi soyadını taşımaya devam edebilecekleri şeklinde bir düzenleme getirilmelidir¹⁰⁹. Aksi durumda, yani soyadının değişmezliği ilkesinin benimsendiği bir ihtimalde, soyadı ortak soyadı olarak belirlenmeyen eşin evlilik öncesi soyadını da ortak soyadı yanında taşıyıp taşıyamayacağı, bu ihtiyacın gün-

¹⁰⁵ Benzer yönde Durak ve Ayan, “Kadının ve Çocuğun Soyadı”, 374.

¹⁰⁶ Acabey, “Aile Adı”, 510; Aile adı kavramının ortaya çıkması gerektiği yönünde bkz. Nomer, “Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, 450; Benzer yönde bkz. Moroğlu, “Kadının Soyadı”, 267; Ayan, “Soyadı”, 74.

¹⁰⁷ Benzer yönde bkz. Sarıkaya, “Kadının ve Çocuğun Soyadı”, 438; *Ergene*, 2011 yılında Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü’nce hazırlanan bir taslağa dikkat çekmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre kadın evlenmekle kocasının soyadını alacak, ancak evlendirme memuruna veya sonrasında nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile bu soyadı yanında önceki soyadını alabilecek veya sadece önceki soyadını kullanabilecektir. Ancak bu düzenlemede dahi kadın kural olarak kocasının soyadını almakta, diğer yandan kadının soyadının ortak soyadı olarak belirlenmesine imkân verilmemektedir. Taslağa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Ergene* “Kadının ve Çocuğun Soyadı”, 165.

¹⁰⁸ Benzer yönde bkz. Helvacı ve Kocabaş, “Kadının Soyadı”, 641.

¹⁰⁹ Kuralın soyadının değişmezliği olması gerektiği yönündeki aksi görüşler için bkz. Nomer, “Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, 448; Havutcu ve Kalkancı, “Kadının Soyadı”, 170; Dursun, *Soyadı*, 119; Başoğlu, “Çocuğun Soyadı”, 373; Sarıkaya, “Kadının ve Çocuğun Soyadı”, 440; Eşlerin ortak soyadı belirlemedikleri durumda, soyadında birlik ilkesinin kabul edilmesi gerektiği ve eşlerin çift soyadı taşımaları gerektiği, aksi halde çocuklarla ana ve baba arasındaki soyadı farklılığının çocukları zor duruma düşüreceği yönünde bkz. Abik, *Soyadı*, 100; Alman hukukunun örnek alınması gerektiği yönünde bkz. Moroğlu, “Kadının Soyadı”, 267.

cellliğini kaybettiği tartışmalarının doğması muhtemeldir. Nitekim soyadının değişmezliği ilkesini benimsedikten sonra çift soyadı uygulamasına kapılarını kapatan İsviçre hukukunda, bu kısıtlama haklı eleştirileri de beraberinde getirmiştir.

Kadının soyadının değişmesi mecburiyetinin kaldırılması yanında, kadın erkek eşitliğinin hayata geçirilmiş sayılabilmesi için ortak soyadının kadının soyadı şeklinde de belirlenmesine imkân sağlanmalıdır¹¹⁰. Eşlerin ortak soyadı kullanmalarının arzu edildiği bir ihtimalde, söz konusu soyadının belirlenmesi yönünden mümkün olduğu ölçüde esnek olunması ve taraflara gerçek bir seçim imkânının sunulması da önemlidir¹¹¹. Buna göre evlenecek kişiler ortak soyadını kadının veya erkeğin evlilik öncesi soyadı olarak belirleyebilmelidir¹¹². Ancak bu noktada ortak soyadının nişanlılardan yalnızca birinin soyadı olmak üzere tek bir soyadından teşekkül etmesi zorunlu olmamalı, nişanlılar dilerse ikisinin soyadından oluşan çift soyadını da ortak soyadı olarak belirleyebilmelidir. Nitekim çift soyadı taşıma imkânını yalnızca soyadı ortak soyadı olmayan eş bakımından kabul eden, bununla birlikte ortak soyadının çift soyadından oluşamayacağını kabul eden Alman hukukundaki sınırlama 2023 yılında kabul edilen ve 2025 yılında yürürlüğe girmesi beklenen yasa ile kaldırılacaktır.

Ortak soyadının çift soyadı olarak belirlenebilmesi Avusturya hukukunda 2013 yılından beri mümkündür¹¹³. Böylece hem evlilik öncesi kişiliğin korunması hem de aile birliğinin ortak aile adı taşınarak dışa karşı gösterilmesi hususunda kanaatimizce adil bir denge kurulmasına imkân sağlanmıştır. Bu imkân özellikle de ana babanın ikisinin de çocuğa soyadını aktarabilmesi bakımından önemlidir. Bununla birlikte ortak soyadı evlenecek kişilerden yalnızca birinin soyadından teşekkül ediyorsa, soyadı ortak soyadı olarak belirlenmeyen (müstakbel) eş evlenme anında veya sonrasında nüfus idaresine yapacağı yazılı bildirimle evlilik öncesi soyadını da ortak soyadının önünde kullanabilmelidir¹¹⁴.

Bir an için çift soyadı uygulamasının karmaşık, takip ve kaydı zor olan uzun isimlere sebebiyet vereceği kabul edilebilir¹¹⁵. Bu anlamda soyadının kimliği ta-

¹¹⁰ Benzer yönde bkz. Sirmen, "Medenî Hukuktaki Son Gelişmeler", 86; Ergene, "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 166.

¹¹¹ Aile hukukunda "düzenleme serbestisi bulunmaması ilkesi"nden hareketle eşlerin aralarında anlaşmak suretiyle ortak soyadını belirleyemeyecekleri yönünde bkz. Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 118; Aksi yönde olarak eşlere ortak soyadı seçiminde serbesti tanınması gerektiği yönünde bkz. Serozan, *Kişiler Hukuku*, 481; Göztepe, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Soyadı", 129; İnce, "Kadının Soyadı", 55.

¹¹² Kadına tek başına kendi soyadını taşıması imkânı verilse de eşlerin soyadının kadının soyadı olarak da belirlenmesine imkân verilmemesi gerektiği yönünde bkz. Hatemi, *Aile Hukuku*, 87.

¹¹³ Aksi yönde olarak çocuğa çift soyadının verilmemesi gerektiği, bu durumun ileride uzun soyadlarını ortaya çıkararak problem yaratacağı yönünde bkz. Nomer, "Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", 448; Dursun, *Soyadı*, 139.

¹¹⁴ Benzer yönde bkz. Ergene, "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 166.

¹¹⁵ Genç Arıdemir, "Çocuğun Soyadı", 748; Seçer, "Çocuğun Soyadı", 627.

nıtma işlevini kaybetmesi yanında kamu düzeninin bozulması tehlikesi doğabileceği söylenebilir. Kanaatimizce bu tehlikenin giderilmesi için birden fazla soyadının alınabilmesinde sınır iki soyadı olmalıdır. Buna göre nişanlılar hâlihazırda çift soyadı taşıyorsa ve ikisinin soyadından oluşan ortak bir soyadı belirlemek istiyorsa her nişanlı ancak bir soyadını ortak soyadına taşıyabilmelidir. Böylece soyadı sayısının kontrolsüz bir şekilde uzamasının önüne geçilmiş olur. Diğer yandan Türk hukuku çift soyadı kullanımına yabancı değildir. Hâlihazırda TMK m. 187'de çift soyadı kullanımı kadın eş yönünden mümkündür. Uygulamada çift soyadı kullanan kadın eşlerin sayısı artış göstermektedir. Bu durum toplumda çift soyadı kullanımına sıcak bakıldığıнын bir göstergesidir. Bu imkânın eşler arasında cinsiyet gözetmeksizin sunulması ve böylece ortak soyadı bakımından da çift soyadı kullanımına izin verilmesi ideal olandır¹¹⁶.

Evlenecek kişilerin soyadından bağımsız üçüncü bir soyadının belirlenebilmesi hususu üzerinde de durulmalıdır¹¹⁷. Bize göre bu noktada evlenecek kişilere doğumla veya başka yollarla kazanmadıkları üçüncü bir adın aile adı olarak belirlenebilmesi imkânının verilmesi sakıncalıdır¹¹⁸. Zira bu durumda, bir anlamda söz konusu kişiler bakımından TMK m. 27'de öngörülen soyadının değişmesi için dava açma zorunluluğu ortadan kalkmış olur. Herhangi bir kimsenin soyadını değiştirmek istemesi halinde TMK m. 27'ye göre dava yoluna gitmesi öngörülüşken, müstakbel eşlere bu imkânın bir irade beyanı ile tanınması haklı bir gerekçeden yoksundur. Bu yönde yapılacak bir düzenlemenin AY m. 10 bağlamında bir denetim geçirmeyeceğini söylemek de güçtür. Ancak bu sınırlamanın doğumla veya başka bir yolla kazanılan önceki soyadları yönünden esnetilmesi mümkün olabilir. Diğer yandan eşlerin soyadlarının tamamının veya bir kısmının birleşmesiyle yeni soyadı da yaratılamamalıdır.

Eşlerin soyadına ilişkin düzenlemeleri takiben eşlerin ortak soyadı taşıdığı bir ihtimalde çocuk da bu soyadını almalıdır¹¹⁹. Avusturya kanun koyucusu kendi soyadı ortak soyadı olmayan ve evlilik öncesi soyadını taşıyarak çift soyadı alan eşin soyadının da çocuğa verilebileceğini öngörerek, çocuğun ortak soyadını taşıması yerine ana babanın çocuğa soyadını vermekte eşit haklara sahip olmasını üstün tutmuştur. Bu imkânın Türk hukuku bakımından da kabul edilmesi kesin bir kanaate varılmamış olmakla birlikte düşünülebilir niteliktedir.

Ana babanın ortak soyadı taşımadığı ve çocuğa verilecek soyadında anlaşamadıkları bir ihtimalde Alman hukuku hâkimden eşlerden birini bu belirlemeyi yapması hususunda görevlendirmesini istemiş, Avusturya hukukunda ise çocu-

¹¹⁶ Çift soyadı imkânı verilmesi gerektiği yönünde bkz. Göztepe, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Soyadı", 129; Özdamar, "Kadının Hukuki Konumu", 34.

¹¹⁷ Örnek kararlar için bkz. Seçer, "Çocuğun Soyadı", 624 vd.

¹¹⁸ Benzer yönde bkz. Seçer, "Çocuğun Soyadı", 626.

¹¹⁹ Çocuğun babasının soyadını taşıması gerektiği yönünde bkz. Hatemi, *Aile Hukuku*, 87.

ğün annesinin soyadını alması öngörülmüştür¹²⁰. Bize göre hâkime taraflardan birini bu hakkı kullanması için seçmesi yönünde bir takdir hakkı verilmesi uygulama bakımından ciddi güçlükler doğurur. Diğer yandan Avusturya hukukunda olduğu gibi bu ihtimalde çocuğa ananın soyadının verilmesinin kabul edilmesi de erkek eş açısından eşitlik ilkesini gündeme getirir¹²¹. Yine ana ile soybağının doğum ile kurulduğu, baba ile kurulan soybağının ise soyadı ile sağlandığı kabul edilerek çocuğa babasının soyadının verilmesi şeklinde bir sonuca gidilmesi de doğru olmaz¹²². O halde sorun ne taraflardan birinin soyadına öncelik verilerek ne de hâkime eşlerden birine yetki vermesi hususunda ağır bir görev yüklenerek çözümlenmelidir¹²³.

İdeal olan ana babanın ortak soyadı taşımadığı ve çocuğa verilecek soyadı hususunda çocuğun doğumundan itibaren bir ay içinde anlaşılacağı bir ihtimalde çocuğun sırasıyla ana ve babanın soyadını alarak, çift soyadı ile nüfusa kaydedilmesidir¹²⁴. Ana babadan her ikisinin de çift soyadı taşıdığı bir ihtimalde, çocuğa bu soyadlarından yalnızca biri verilebilmeli, böylece çocuğun soyadı da en fazla çift soyadı olabilecek şekilde sınırlandırılmalıdır. Bu ihtimalde çift soyadı taşıyan ana babadan her birine hangi soyadını çocuğa aktarmak istediğini belirlemesi için süre verilmeli, bu sürede seçimini yapmayan eşlerin ilk soyadlarından oluşan çift soyadı nüfus memurluğunca çocuğa verilmelidir¹²⁵. İlk çocuğa verilen soyadı diğer çocuklar bakımından da soyadı teşkil eder. Buna göre doğum yoluyla kazanılan soyadında kardeşler arasında soyadının birliği ilkesinin benimsenmesi gerekir¹²⁶.

¹²⁰ İsviçre hukukunda olduğu çiftlerin evlenme başvurusu sırasında çocuğa verilecek soyadını belirlemeleri gerektiği, nişanlılar bu belirlemeyi yapamamışsa çocuğa ananın soyadının verilmesi gerektiği yönünde bkz. Ergene, "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 167 vd.

¹²¹ Avusturya hukukunda olduğu gibi son ihtimalde ananın soyadının çocuğa verilmesi gerektiği yönünde bkz. Dursun, *Soyadı*, 131; Ergene, "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 170.

¹²² Bu yönde görüşü için bkz. Sarıkaya, "Kadının ve Çocuğun Soyadı", 439 vd. Sarıkaya'ya göre çocuğun soyadı ana babanın çocuğa soyadını verme hakkı yönünden değil, çocuğun üstün menfaati yönünden yapılacak bir tespite göre belirlenmelidir. Yazar bu noktada çocuğa babanın soyadının verilmesinin eşler yönünden bir ayrımcılık yaratmayacağını, zira burada hakkın süjesinin çocuk olduğunu ifade eder.

¹²³ Anlaşmazlık halinde kur'a yoluyla çocuğa verilecek soyadının belirlenebileceği yönünde bkz. Nomer, "Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", 449.

¹²⁴ Aynı yönde bkz. Özdamar, "Kadının Hukuki Konumu", 34; Soyadının sırasının soybağının kurulması anına göre belirleneceği, ana ve baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi aynı anda kurulmuşsa bu durumda alfabetik olarak sıralama yapılmasını öngören Fransız Medeni Kanunu ve çocuğun önce babasının ardından annesinin soyadını alacağı İspanyol Medeni Kanunu örnekleri için bkz. Başoğlu, "Çocuğun Soyadı", 372 vd.; Bu durumda hakimın Alman hukukunda olduğu eşlerden birine çocuğun soyadını belirleme hakkı vermesi gerektiği yönünde bkz. Acabey, "Aile Adı", 511.

¹²⁵ Alman hukukunda düzenleme boşluğu sebebiyle (1991) çift soyadı taşıyan çocuklarda soyadlarının sırasının kur'a çekilmek suretiyle belirlendiği yönünde bkz. Nomer, "Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", 450.

¹²⁶ Ayan, "Soyadı", 33.

Soyadının uzaması tehlikesi ancak çift soyadı taşıyan kişilerin evlenmesi durumunda gündeme geleceğinden, çocuğun ergin olduğunda soyadının nihai halini belirlemesi gibi bir zorunluluk yaratılmasına gerek yoktur¹²⁷. Zira çift soyadı taşıyan ancak ortak soyadı belirlemeyen ana babanın ikisinin de çocuğa soyadını vermek istediği bir ihtimalde yalnızca bir soyadı bakımından bu imkânın tanınması soyadının ikiden fazla olması tehlikesini bertaraf etmeye yeter. Kişi çocuğuna iki soyadından yalnızca birini verse de kendisi iki soyadını da kullanmaya devam edebileceğinden, kişiliği yönünden bir karar alma baskısı taşıdığı da söylenemez. O halde on sekiz yaşını tamamlayan çocuk taşıdığı çift soyadından birini bırakmak veya tek soyadı belirlenmişse diğer soyadını almak istediğinde bu değişiklik ancak TMK m. 27 çerçevesinde yapılabilir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187 hükmünü iptali ve TMK m. 321'in lafzı bir araya geldiğinde kadının soyadı kadar çocuğun soyadının da nasıl belirleneceği hususunun tartışmaya açıldığı şüphesizdir. Kanun koyucu uzun yıllardır toplumdan ve öğretiden gelen değişiklik seslerine sessiz kalmışsa da bu defa Anayasa'ya ve ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun içerikte hükümler getirme imkânını elinin tersiyle itmemelidir.

Kanun koyucu TMK m. 187 ve onunla bağlantılı hükümlerde yeni bir düzenlemeye gitmediği takdirde kadın ve erkeğin soyadının evlenmekle değişmeyeceği, soyadının değişmezliği ilkesinin benimsenmiş olacağı söylenebilir. Ancak bu sonuç çocuğun soyadının ne olacağına ilişkin bir çözüm sunmaz. Şayet TMK m. 321 hükmünde de bir değişikliği gidilmez ise çocuğun soyadına ilişkin açık bir kanun boşluğu oluşur. Bu boşluğun kanun yerine yönetmelik hükümleri dayanak alınarak doldurulması yerinde olmaz. Sorunun hâkimlerin hukuk boşluğunu doldurması yoluyla doldurulamayacağı da açıktır.

Ana ve babası evli olan çocuğun soyadının nasıl belirleneceği sorusuna verilecek yanıt ancak evliliğin soyadı üzerindeki etkisi belirlendiğinde mümkündür.

İdeal olan kanun koyucunun Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ülke hukuklarını da inceleyerek, en tatminkâr ve esnek hükmü yürürlüğe koymasındır¹²⁸. Bugün Avrupa ülkelerinin hemen hepsinde eşlerin ortak bir aile soyadı taşımaları zorunluluğundan vazgeçilmiştir. Hatta İsviçre Medeni Kanunu'nda soyadının değişmezliği ilke olarak kabul edilmiş, eşler dilerse ortak soyadının belirleneceği öngörülmüştür. Ancak İsviçre hukukundaki düzenleme, eşlere çift soyadı kullan-

¹²⁷ 18 yaşını tamamlayan çocuğun soyadlarından birini tercih edebileceği yahut çift soyadı almak isteyebileceği yönünde KKTC örneği için bkz. Havutcu ve Kalkancı, "Kadının Soyadı", 166; Benzer yönde bkz. Başoğlu, "Çocuğun Soyadı", 374; Çocuğa ergin olduğunda soyadlarından birini tercih imkânı getirilmesinin, çocuk yönünden ağır bir yük olacağı yönünde karşı görüşü için bkz. Ergene, "Kadının ve Çocuğun Soyadı", dn. 137.

¹²⁸ Aynı yönde bkz. Dursun, *Soyadı*, 117.

ma imkânı vermemesi, çocuğa da ana babadan yalnızca birinin soyadının verilmesi yönüyle kısıtlayıcıdır. Nitekim çift soyadı imkânını yalnızca soyadı ortak soyadı olmayan eş bakımından tanıyan Alman Medeni Kanunu'nda bu sınırlama eleştirilmiş ve ortak soyadının çift soyadı olarak da belirlenebilmesi imkânı getiren Tasarı 23.08.2023'te Alman Federal Meclisince kabul edilmiştir. Çift soyadı uygulamasına yönelik altyapının tamamlanması amacıyla uygulamanın 1.1.2025'te yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

Avusturya Medeni Kanunu'nun İsviçre ve Alman hukukuna kıyasen eşlerin ortak soyadı belirleyip belirlememeleri ve çocuğa verilen soyadı hususunda -birtakım çekincelerle birlikte- en esnek ve yerinde düzenlemelere sahip olduğu söylenebilir. Zira Alman hukukunda Avusturya hukukundaki düzenlemeye benzer değişiklik yapılması da bunun önemli bir göstergesidir. ABGB'de ortak soyadı olarak eşlerden birinin soyadının veya ikisinin soyadından teşekkül eden çift soyadının belirlenmesi mümkündür. Ortak soyadının belirlendiği bir ihtimalde çocuğun bu soyadını alması gündeme gelirken, ortak bir aile soyadının bulunmadığı durumda ana babanın anlaşarak çocuğa içlerinden birinin soyadını veya ikisinin soyadı olmak üzere çift soyadı verilebileceği öngörülmüştür. Avusturya kanun koyucusu eşlerin çift soyadı hususunda dahi anlaşamadığı bir ihtimalde çocuğun ananın soyadını taşıyacağını kabul eder.

Kanaatimizce Avusturya Medeni Kanunu'nda ana babanın çocuğun soyadı hususunda anlaşamadıkları bu son ihtimalde ananın soyadının çocuğa verilmesinin öngörülmesi eşler arasında eşitlik ilkesini bu defa erkek eş yönünden sarsar. Bize göre ana babanın çocuğun soyadı hususunda anlaşamadığı bir ihtimalde ideal olan çocuğa ikisinin de soyadının verilmesi, böylece çocuğun çift soyadı taşımasıdır. Ancak soyadının birden fazla isimden oluşmasının sınırı iki isim olmalıdır. Buna göre şayet iki soyadı taşıyan nişanlılar evlenmek istediklerinde dört soyadından oluşan ortak bir aile soyadının belirlenmesi mümkün olmamalı, taraflardan ikisi de soyadını ortak soyadı olarak kullanmak istediklerinde yalnızca bir soyadını seçerek yeni bir çift soyadı oluşturabilmelidir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız. *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2005.
- Acabey, M. Beşir. "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan* 19, Özel Sayı (2017): 493-512.
- Akıntürk, Turgut ve Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, İstanbul: Beta, 2022.
- Akıntürk, Turgut. "Medeni Kanun Tasarısında Kadın-Erkek Eşitliği", *Hukukta Kadın Sempozyumu*, Ankara, 2000: 73-81.
- Ayan, Serkan. "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, S. 4 (2012): 19-90.
- Baş Süzel, Ece ve Kurtalan, Gökçe. "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S. 135-136 (2015): 77-90.
- Başoğlu, Başak. "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S. 1 (2017): 351-378.
- Baygın, Cem. *Soybağı Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Birinci Uzun, Tuba. "Aile Soyadı Çıkmazı, Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velâyeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4 (2016): 99-137.
- Bräm, Verena. *Zürcher Kommentar (ZK)*, Art. 160, 3. Aufl. 1998.
- Çağlayan Aygün, Gözde. *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Çelebi, Özgün. "Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2019): 537-614.
- Doğan, Büşra. "Çocuğun Soyadı Meselesine Dair Güncel Yargı Kararları Üzerine Bir İnceleme", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 1 (2020): 1043-1085.
- Durak, Yasemin ve Ayan, Nurşen. "Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesini İptal Etmesi Çerçevesinde Kadının ve Çocuğun Soyadının Değerlendirilmesi", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S. 2 (2023): 359-388.
- Dural, Mustafa, Ögüz, Tufan ve Gümüş, Alper. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Dursun, Esra. *Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Erbek Odabaşı, Özge. "Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, S. 1 (2017): 43-109.

- Erdem, Mehmet ve Makaracı- Başak, Aslı. *Aile Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Erdoğan, İhsan. “Şahsiyeti İncitici Soyadı Meselesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan)* 6, S. 1-2 (1998): 705-712.
- Ergene, Deniz. “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medenî Kanun’da Değişiklik Önerisi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 31, S. 2 (2011): 123-176.
- Gayretli Aydın, Seda. “Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi.”, *TBB Dergisi* 31, S. 136 (2018): 265-292.
- Genç Arıdemir, Arzu. “Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan* 13-14, S. 1-2 (2011-2012): 731-777.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Çocuk Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Göztepe, Ece. “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, 54, S. 2 (1999): 101-131.
- Hahn, Dieter. in BeckOK BGB, BGB § 1355, hrsg. Hau, Wolfgang ve Poseck, Roman, 67. Edition, München, 2023.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2021.
- Havutcu, Ayşe ve Kalkancı, Yasemin. “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S. 2 (2020): 135-180.
- Helvacı, Serap ve Kocabaş, Gediz. “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın’a Armağan* 21, S. 2 (2015): 615-644.
- İkizler, Metin ve Tüzüner, Özlem, editör. *Medeni Hukuk II Aile Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- İnce, Nurten. “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı”, *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi* 3, S. 2 (2017): 37-58.
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru. “Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4 (2014): 579-592.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Aile Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Kurtulan Güner, Gökçe. “İki İleri Bir Geri: Türkiye’de Çocuğun Soyadı Meselesi”, 31 Mayıs 2021, <https://kockam.ku.edu.tr/iki-ileri-bir-geri-turkiyede-cocugun-soyadi-meselesi-gokce-kurtulan-guner/>.
- Lettmaier, Saskia. Kritische Überlegungen zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts, *NZ Fam* 2023, 625-632.
- Moroğlu, Nazan. “Kadının Kimlik Sorunu “Kadının Soyadı””, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99 (2012): 245-268.
- Nomer, Haluk N.. “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 2 (2002): 421-450.

- Oğuzman, Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Öcal Apaydın, Bahar. “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, S. 2 (2015): 425-458.
- Özdamar, Demet. “Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık Yönü ile, Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, S. 2 (2006): 11-67.
- Özdemir, Hayrunnisa. “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57, S. 3 (2008): 561-598.
- Özen, Burak. “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16, S. 3-4 (2010): 171-194.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Pöcker, Markus. in BeckOK BGB, BGB § 1617, hrsg. Hau, Wolfgang ve Poseck, Roman, 67. Edition, München, 2023.
- Sarıkaya, Murat. “Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadına İlişkin Güncel Durumun Değerlendirilmesi: Çelişkili Yaklaşımlar ve Düzenleme Eksiklikleri Bakımından Çözüm Önerileri”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 2 (2021): 429-444.
- Schmid, Ursula. OFK - Orell Füssli Kommentar, ZGB Art. 160, (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 4. Aufl. 2021.
- Schnittler, Christina. *Das Recht des Familiennamens unter besonderer Berücksichtigung des KindNamRÄG*, Graz, 2013 (<https://unipub.uni-graz.at/obvugrhs/content/titleinfo/233810/full.pdf>).
- Seçer, Tuğçem. “Çocuğun Soyadı ve Öneriler”, *Yargıtay Dergisi* 49, S. 3(2023): 599-634.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Sirmen, Lale. “Medenî Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular”, *Hukukta Kadın Sempozyumu*, Ankara, 2000: 82-90.
- Stehli, Claudia. OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Art. 270, (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 4. Aufl., 2021.
- Stockmann, Roland. in Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, BGB § 1617, 4. Aufl., 2023, N. 194.
- Weibel, Fleur. “Kein gemeinsamer Name mehr?”, *Die Praxis Des Familienrechts (FamPra.ch)*, (2018): 959-978.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt II Kişiler Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Yücel, Yeliz. *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

LEGIS ACTIO'LARDA DAVA EHLİYETİ^(*)

Arş. Gör. Rahman İri^(**)

Öz

Roma hukukunda günümüz hukuk anlayışıyla örtüşen bir usul hukukundan bahsetme imkanı bulunmamaktadır. Buna karşın belirli dava ya da usul tipi dediğimiz yöntemlerin kullanılması suretiyle hakkın temini mümkündür. *Legis actio*'lar da belirli dava tiplerinin kullanılması suretiyle hakkın temini ve kararın icrasına imkan veren yöntemlerdendir.

Legis actio'lar vasıtasıyla bir hakkın temin edilebilmesi imkanı, bu usulün uygulandığı dönemde Roma'da yaşayan herkese tanınmamıştır. Dava ehliyetini ancak sınırlı kişiler haiz olabilmiş, bazı kimselere vasi ya da kayyım vasıtası ile davasını takip etme imkanı tanınmış, bazı kimselerin davada taraf ehliyetini dahi haiz olmadığı kabul edilmiştir.

Çalışmamızda, öncelikle *Legis actio*'lar dönemindeki hak ve hukuki işlem ehliyetine ilişkin açıklamalara yer verilmiş, sonrasında *Legis actio* usulü açıklanmış, son olarak da *Legis actio*'larda dava ehliyetini haiz olan ve olmayan kişilerin kimler olduğuna dair açıklamalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Roma Hukuku, Legis Actio, Dava Ehliyeti, Usul Hukuku.

LICENSE TO SUE IN LEGIS ACTIO'S

Abstract

In Roman Law, it is not possible to talk about a procedural law in accordance with today's legal understanding. On the other hand, it is possible to obtain the right by using the methods we call a certain lawsuit or procedural type. *Legis actio* is also one of the methods that allow the provision of the right and the execution of the decision by using certain types of cases.

The possibility of obtaining a right through *legis actio*s was not given to everyone living in Rome at the time this procedure was applied. Only limited persons could have the capacity to sue, some people were given the opportunity to follow their case through a guardian or trustee, and it was accepted that some people did not even have the capacity to be a party to the case.

In our study, first of all, the explanations regarding the legal capacity and ability (capacity) to act in the *Legis actio* period are given, then the *Legis actio* procedure is explained, and finally, the explanations about the persons who have and do not have the legal capacity to act in the *Legis actio* are given.

Keywords

Roman Law, Legis Actio, Procedural Law, Capacity to Take Legal Action.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 20.03.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 19.11.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1268126.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı / Antalya, Türkiye.
E-posta: rahmaniri@hotmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5009-6731>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Extended Abstract

In Roman Law, it is not possible to talk about a procedural law in accordance with today's legal understanding. On the other hand, it is possible to obtain the right by using the methods we call a certain lawsuit or procedural type. *Legis actio* is also one of the methods that allow the provision of the right and the execution of the decision by using certain types of cases.

The possibility of obtaining a right through *legis actio* was not given to everyone living in Rome at the time this procedure was applied. Only limited persons could have the capacity to sue, some people were given the opportunity to follow their case through a guardian or trustee, and it was accepted that some people did not even have the capacity to be a party to the case.

In our study, first of all, the explanations regarding the legal capacity and ability (capacity) to act in the *Legis actio* period are given, then the *Legis actio* procedure is explained, and finally, the explanations about the persons who have and do not have the legal capacity to act in the *Legis actio* are given.

The *legis actio* method existed from the middle of the Regal Period until it was abolished with two *lex Iuliae* in 17 BC, but its use declined with the introduction of the formula method after 150 BC. In this procedure, the trial consisted of two stages. These are the stage before the Magistrate, called "*in iure*", and the "*apud iudicem*", that is, the stage before the judge, where the Magistra gives the opportunity to sue and the special judge determined by the parties makes the judgement. Enforcement stage is the stage related to the execution of the decision, which occurs by confession or silence before the magistrate or by being convicted before a special judge.

Ability to act is the ability of a person to be in debt and gain rights as a result of his own actions. Persons who have the capacity to act can take legal action and are responsible for their unlawful acts. Capacity to take legal action, on the other hand, constitutes a part of the capacity to act and can be expressed as the person's ability to take legal action in a valid manner.

It can be stated that in order to have the capacity to take legal action in *legis actiones*, conditions similar to today's law must be met. Therefore, if the person has legal capacity and there are no restrictive conditions, that is, if he has the capacity to act, he will also have the capacity to sue.

Capacity to take legal action has been defined as being able to conduct a case and take the necessary procedural actions. In other words, it can be said that the capacity to take legal action consists of two parts. Accordingly, a person who has the capacity to sue can be a party to the lawsuit and will be able to personally take the necessary procedural actions for the conduct of the case.

If one is a free Roman citizen, who is not under the paternal power (*patria potestas*) of a *pater familias* (the head of a family); in addition to that if he is male, over 25 years of age and not a spendthrift and not mentally ill, he will have full capacity to sue and to be sued during the period of *legis actiones* in Roman Law. On the other hand, if the person is free and a Roman citizen, he/she is promiscuous and under the age of 25, he/she will have limited legal capacity, and in some cases, he/she will be able to conduct his/her case through a trustee or guardian. Finally, even if the person is free and Roman citizen, but is a woman or, mentally ill or, under paternal power, or is a slave or a foreigner, he/she will not be able to sue or to be sued during the period of *legis actiones*.

GİRİŞ

Medeni hukuktaki "hak ehliyeti" kavramı medeni usul hukukundaki taraf ehliyetine, yine medeni hukuktaki "hukuki işlem (fiil) ehliyeti" kavramı da medeni usul hukukundaki dava ehliyetine tekabül etmektedir. Roma hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi, bir kimsenin fiil ehliyetinin bulunması için öncelikle hak ehliyetine ilişkin şartları taşımaya gerektiğine dair herhangi bir kural bulunmamaktadır. Bu bağlamda, Roma hukukunda, hak ehliyeti olmayan bir kimse de hukuki işlem ehliyetini haiz olabilmektedir. Roma hukukunda dava ehliyeti, bir davayı yürütebilmek ve gerekli usuli işlemleri yapabilmek olarak tanımlanmıştır. Yani dava ehliyetinin iki kısımdan oluştuğu söylenebilecektir. Buna göre, dava ehliyetini haiz bir kimse davada taraf olabilecek ve davanın takibi için gerekli usuli işlemleri bizzat yapabilecektir. Eğer kişi özgür, Roma vatandaşı ve aile babası egemenliği altında değil; 25 yaşından büyük ve erkek olup, müsrif ve akıl hastası değilse, Roma hukuku bakımından tam dava ehliyetini haiz olmaktadır.

I. ROMA HUKUKUNDA HAK VE HUKUKÎ İŞLEM EHLİYETİ

A. HAK EHLİYETİ

Hak ehliyeti (Rechtsf higkeit) kişinin haklara ve borçlara sahip olabilmesi durumudur¹. Bir kişiliğe sahip olmakla, başka bir şart gerekmeksizin hak ehliyeti kazanılmaktadır, bu da tam ve saç doğumla gerekleřmektedir². Cenin³ dahi tam ve saç doğumla hak ehliyetine sahip olmaktadır⁴.

Hukukumuzda ve modern hukuklarda böyle olmakla birlikte Roma hukukunda herkesin hak ehliyetini haiz olması söz konusu deęildi⁵. Bu bağlamda, insanların sahip olduğu haklar, buldukları statüye göre değişen oranlarda sınırlandırılmıştı. Roma hukukunda hak ehliyetini haiz olabilmek  c koşula baęlanmıştı⁶. Buna göre, kişi  zg r olmalı, Roma vatandaşı olmalı ve *sui iuris* (kendi hukukuna tabi olmak, aile babası olmak veya bir baba hakimiyeti altında bulunmamak) olmalıydı⁷. Bu bağlamda Roma'da, her insanın hukuki durumu hakkında  c kategori (hal), Latince tabirle  c "*status*" bulunmaktaydı. Bu kategoriler, *Status Libertatis* (Hürriyet durumu), *Status Civitatis* (Vatandaşlık durumu) ve *Status Familiae* (Aile durumu) olarak adlandırılmaktaydı.

1. Status Libertatis

Roma'da insanlar,  zg rl r (*libertas*) ve köleler (*servitus*) olarak ikiye ayrılmaktaydı⁸. Gaius Institutiones'te bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

- ¹ Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk C: 1* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 150; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. 1* (İstanbul: Beta, 2022), 245; şahin Akıncı, *Roma Hukuku Dersleri* (Konya: Sayram Yayınları, 2022), 159; Mehmet  cer, *Roma Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 146; Fulya liin Gönenç, *Roma Hukukunda Kadın* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 15.
- ² Süleyman Yılmaz ve Abdülkerim Yıldırım, *Medeni Hukuk - I* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 115; Antalya ve Topuz, *Medeni Hukuk*, 150; şaban Kayıhan ve Mustafa  nl tepe, *Medeni Hukuk Bilgisi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 165; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern  zel Hukuka Giriş Olarak Roma  zel Hukukunun Ana Hatları* (Ankara: Olgay Matbaası, 1983), 73;  zlem Söğütlü, *Roma  zel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 197.
- ³ Bir görüşe göre, doğumdan önce cenin anne bedeninin bir parçası olarak kabul edilmekteydi (*mulieres partio est vel viscerum*), bkz. Söğütlü, *Roma*, 200.
- ⁴ Yılmaz ve Yıldırım, *Medeni Hukuk*, 115; Buse Aksaray, *Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 8. Cenin bir hukuk süjesi olmamakla birlikte, Klasik Dönem'den sonra meydana gelen bir hukuk kuralına istinaden; canlı olarak doğan çocuğun medeni haklardan yararlanma ehliyeti anne rahmine düştüğü zamana kadar geriye yürütülmektedir. D. 1.5.7: "*Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur.*" (Cenin, hukuki çıkarları söz konusu olan hallerde canlı doğmuş gibi işlem görür.) Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 73.
- ⁵ Salvatore Di Marzo (ev. Ziya Umur), *Roma Hukuku* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954), 30.
- ⁶ Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 74; Akıncı, *Roma*, 160;  cer, *Roma*, 147; G nen, *Roma*, 15.
- ⁷ Di Marzo, *Roma*, 30; Andreas B. Schwarz (ev. T rkan Rado), *Roma Hukuku Dersleri* (İstanbul: Doğan Kardeş Matbaacılık A.ř. Basımevi, 1963), 238;  zcan Karadeniz elebican, *Roma Hukuku: Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 126; S ğ tl , *Roma*, 198; Aksaray, *Roma*, 18.
- ⁸ Akıncı, *Roma*, 161; S ğ tl , *Roma*, 199; Aksaray, *Roma*, 19.

“*Et quidem summa diuisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut serui*⁹.”

“Kişiler hukukunda yapılan en esaslı ayırım insanların özgür veya köle oluşlarına dair olandır.”

Gaius, köleliğin *ius gentium*'a ait bir kavram olduğunu¹⁰, dolayısıyla bütün hukuk sistemlerinde ortak bir konu olarak karşımıza çıktığını ifade etmektedir:

“*In potestate itaque sunt serui dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est, nam apud omnes peraeque gentes animaduertere possumus dominis in seruos vitae necisque potestatem esse...*¹¹”

“Köleler sahiplerinin hakimiyeti altında bulunurlar. Bu hakimiyet *ius gentium*'a ait bir hakimiyettir. Çünkü bütün milletlerde köle sahiplerinin köleleri üzerinde hayat ve ölüm hakkına sahip olduklarını görebiliriz.”

Roma hukukunda özgürler haklara ve borçlara sahip olabilmekteyken, köleler adeta eşya gibi değerlendirilmekte, hakkın ve borcun sadece konusu olabilmekteydiler¹². Bu manada da “*res mancipi*” grubuna dahil olmaktadır¹³. Roma'da köleler, kendi başlarına bir şey iktisap edebilmekteydiler. Bu anlamda sözleşme yapabilirler veya mirasa hak kazanabilirlerdi. Fakat bu kazanımları kendileri için olmaz, efendileri (*patronus*) için olurdu¹⁴. Kölelik kurumunun en temel prensiplerinden biri olan bu ilke Gaius Institutiones'te şu şekilde ifade edilmiştir:

“*Quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur*¹⁵.”

“Köle tarafından kazanılanı efendisi kazanmıştır.”

Roma'da bir insan doğuştan köle olabileceği gibi, sonradan özgürlüğünü kaybetmekle de köle olabilmekteydi. Özgürlüğün sonradan yitirilmesi (*capitis deminutio maxima*¹⁶) ise savaşta esir olmak (*captivitas*), ağır bir cezaya mahkum edilmek (*iudicatus*) ve borçlarını ödememek dolayısıyla alacaklılarınca el konulmak (*ma-*

⁹ Gaius, Institutiones, I, 9. Iustinianus, *Institutiones* (Türkçe metin: Ziya Umur) (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968), 20; Scott, S.P. *The Civil Law, Including the Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian and the Constitutions of Leo*, vol. III, vol. V, vol. XIV. (New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001), 83.

¹⁰ Gönenç, *Roma*, 16.

¹¹ Gai, Ins. I, 52. Scott, *The Civil Law*, 85.

¹² Schwarz, *Roma*, 240-241; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 134; Akıncı, *Roma*, 165; Üçer, *Roma*, 148; Söğütü, *Roma*, 211; Gönenç, *Roma*, 17.

¹³ Köle için *servus, homo, mancipium* gibi farklı ifadeler de kullanılmaktaydı. Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 75; Gönenç, *Roma*, 17; György Diosdi, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law* (Budapest: Akadémiai Kiadó, 1970), 56.

¹⁴ Richard Honig, *Roma Hukuku (Çev. Şemseddin Talip)* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 72, 1938), 132-133; Söğütü, *Roma*, 211; Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 76.

¹⁵ Gai, Ins. I, 52, Scott, *The Civil Law*, 85; Iustinianus, *Institutiones*, 30 (I. 1, 8, 1).

¹⁶ Iustinianus Dönemi'nde kendisi için “*magna*” tabiri de kullanılan bu *status*'u kaybeden kimsenin, diğer *status*'leri (*status civitatis* ve *status familiae*) de kaybettiği doktrinde kabul edilmektedir. Gönenç, *Roma*, 16, özellikle dpn. 20.

nus iniectio), aile babasınca Tiber Nehri'nin ötesine köle olarak satılmak, kendini köle gibi sattırmak gibi hallerde gerçekleşmekteydi¹⁷. Bir özgürün sonradan köle olması gibi, bir kölenin sonradan özgür olması da mümkündür. Bu da azat edilme (*manumissio*¹⁸) ile mümkün olmaktadır¹⁹. Ancak bu özgürlük kişiyi doğuştan özgür kimselerle aynı haklara sahip kılmamaktaydı. *Libertinus* olarak bilinen azatlılar, doğuştan özgür olan *ingenuus*'lardan farklı bir statüde bulunmaktaydı²⁰.

2. Status Civitatis

Hak ehliyetinin ikinci şartı vatandaşlıktı²¹. Roma, başlangıçta yakınındaki diğer şehir devletleri üzerinde ve sonrasında İtalya yarımadası dışına genişleyerek büyük coğrafyaları egemenliği altına almış olsa da; vatandaşlık milliyetçi bir biçimde ele alınmış, sonradan ele geçirilen bölgelerde yaşayan kimseler Roma İmparatorluğu içinde yaşamakla birlikte vatandaşlık hakkı edinememişlerdir²². Bu durum vatandaşlığı hak ehliyetinin bir şartı kılmıştır. Yabancılar bu koşul dolayısıyla hak ve borçlara sahip olamamışlardır. Roma'nın ilk zamanlarında yabancılar, "*hostis*", yani hiçbir hakka sahip olmayan bir "düşman" olarak nazara alınmışlardır²³. Bu kimseler, *mancipatio*, *in iure cessio*, vasiyetname, azat etme gibi yalnızca *Ius Civile*'nin uygulama alanına giren işlemleri yapamazlardı²⁴.

Genel kural, yabancıların hak ve borçlara sahip olamaması ise de Roma ile anlaşma yapmış ülkelerin vatandaşlarına (*Peregrinus*²⁵) ve Latinlere (*Latini*) bir takım haklar tanınmış; ticari faaliyette bulunmak (*commercium*), evlenmek (*conubium*), mirasçı olmak gibi bir takım haklar bu kimselere de verilmiştir²⁶. Zamanla Roma İmparatorluğu dahilindeki ülke ve eyaletlerde oturan yabancılar da vatandaşlara özgü olan bu haklar tanınmış; vatandaşlar, Latinler ve yabancılar arasındaki başlıca farklar giderek ortadan kalkmıştır. M.S. 212 yılında İmparator Caracalla, imparatorluk sakinlerinin çok büyük bir kısmını vatandaşlığa kabul

¹⁷ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 131 vd.

¹⁸ *Manumissio*, kelime anlamı olarak "elden çıkarma" veya "hakimiyetten çıkarma" anlamına gelmektedir. Akıncı, *Roma*, 171.

¹⁹ Bununla birlikte Roma'da köleler, azat edilmeden de özgür olabilmekteydiler. Bu, ya eli ayağı tutmaz bir hale gelmiş köleyi terketmek suretiyle, ya kendi efendisini öldüren kimseyi ortaya çıkartan köleyi ödüllendirmek suretiyle, veyahut da yirmi yıl boyunca özgür bir kişi durumunda bulunmuş kölenin artık özgür bir vatandaş olarak kabul edilmesi suretiyle olabilmekteydi. Di Marzo, *Roma*, 39.

²⁰ Aksaray, *Roma*, 19-20.

²¹ Di Marzo, *Roma*, 46; Akıncı, *Roma*, 178; Söğütlü, *Roma*, 199; Gönenç, *Roma*, 18.

²² Söğütlü, *Roma*, 215. Bu manada, vatandaşlığın ortaya çıkardığı haklar Romalıların ayrıcalığı olarak kabul edilmiştir. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia: American Philosophical Society 1953), 389.

²³ Cicero, *de officiis* I. 12, 37.

²⁴ Schwarz, *Roma*, 243.

²⁵ Üçer, *Roma*, 157. *Cives Romani*, özgür ve Romalı olan kişileri; *Peregrinus*, Roma'nın tanıdığı veya Roma ile hukuksal ilişkiler içinde olan ülkelerin vatandaşlarını; *Barbarus* ise Romalıların tanımadığı ve hukuksal anlaşmalarının olmadığı ülkelerin vatandaşlarını kastetmektedir.

²⁶ Akıncı, *Roma*, 179.

eden *Constitutio Antoniniana*'yı ilan ederek bu konuya son noktayı koymuştur²⁷. Iustinianus Dönemi'ne gelindiğindeyse Romalılarla yabancılar arasındaki bu farklar tamamen ortadan kalkmış bulunmaktaydı²⁸.

3. Status Familiae

Hak ehliyetinin son şartı *sui iuris* olmak, yani aile babası egemenliğinde olmamak²⁹.

“... *quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae*³⁰.”

“Şahısların bir kısmı *sui iuris*'tir, bir kısmı da başkasının hakimiyeti (*alieni iuris*) altındadır.”

Roma'da aile konusuna büyük önem verilmiş, aile adeta küçük bir devlet gibi örgütlenmişti³¹. Aile, aile babasından ve onun egemenliği altındaki kimselerden teşkil edilmişti. Bu egemenlik “*patria potestas*” (baba hakimiyeti) olarak adlandırılmıştı³². Aile üzerinde aile babasının egemenliği mevcut olduğundan, bu egemenlik altındaki kimselerin hak ehliyetlerinin olmadığı, bu kimseler hukuki işlem yapsalar ve bir gelir elde etseler dahi bunun aile babasına ait olacağı kabul edilmişti. Bu kişiler “*alieni iuris*” olarak adlandırılmaktaydı³³. *Alieni iuris* olmak, özgürlük ve vatandaşlık gibi statülere etki etmemekteydi³⁴. Yine, yaşla, cinsiyetle ve mesleki durumla da bir ilgisi bulunmamaktaydı. *Alieni iuris*, aile babası hayatta olduğu sürece veya üzerindeki *patria potestas* herhangi bir sebeple son bulmadığı sürece; yaşına, cinsiyetine veya mesleki durumuna bakılmaksızın *alieni iuris* olarak kalmaya devam ederdi³⁵. Aile egemenliği altına girme, doğum, evlat edinme gibi yollarla vücut bulmuş; kadınların da aile egemenliği altında olduğu kabul edilmiştir³⁶. Dolayısıyla bu kimselerin hak ve borç sahibi olamayacakları kabul edilmiştir.

B. HUKUKİ İŞLEM EHLİYETİ

Hukuki işlem ehliyetini açıklamadan önce fiil ehliyeti kavramını açıklamakta fayda bulunmaktadır. Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleri neticesinde borç altına

²⁷ Üçer, *Roma*, 159; Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 79; Akıncı, *Roma*, 179; Gönenç, *Roma*, 21-22; Aksaray, *Roma*, 21.

²⁸ Schwarz, *Roma*, 244; Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 79.

²⁹ Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 86; Schwarz, *Roma*, 244; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 155; Akıncı, *Roma*, 181; Söğütlü, *Roma*, 199.

³⁰ Gai, Ins. I, 48. Iustinianus, *Institutiones*, 30; Scott, *The Civil Law*, 85.

³¹ Elvan Sütken, “Roma Aile Hukukunda Patria Potestas”, *And Hukuk Dergisi* 5, S. 1 (Ocak 2019): 67-100, 69. Böylelikle yazar Roma ailesinin, aile babası egemenliği (*patria potestas*) altında olacak biçimde, özel hukuk mutlakiyet rejimi ile idare olunan aile tipi olduğunu belirtmektedir.

³² Akıncı, *Roma*, 182; Üçer, *Roma*, 160.

³³ Schwarz, *Roma*, 244; Akıncı, *Roma*, 186; Üçer, *Roma*, 160.

³⁴ Sütken, “Roma Aile Hukukunda Patria Potestas”, 70.

³⁵ Aksaray, *Roma*, 21.

³⁶ Üçer, *Roma*, 161.

girebilmesi ve haklar kazanabilmesidir³⁷. Fiil ehliyetini haiz kimseler hukuki işlem yapabilmekte ve hukuka aykırı fiillerinden sorumlu olmaktadır. Hukuki işlem ehliyeti ise fiil ehliyetinin bir kısmını oluşturmakta olup, kişinin geçerli biçimde hukuki işlem yapabilmesi olarak ifade edilebilecektir³⁸.

Türk Medeni Kanunu'nda hukuki işlem ehliyetine sahip olmak için üç şartın varlığı aranmıştır. Buna göre, ayırt etme gücüne sahip, ergin olan ve kısıtlı olmayan kişiler hukuki işlem ehliyetine sahip olacaktır (TMK. m. 9-10³⁹). Benzer şartlar Roma hukukunda da aranmış; yaş, akıl hastalığı, müsriflik ve cinsiyet gibi durumlar nedeniyle kısıtlanmamış kimselerin tam hukuki işlem ehliyetine sahip olduğu kabul edilmiştir⁴⁰.

Tekrar ifade etmekle beraber, yaş, akıl hastalığı, müsriflik ve cinsiyet gibi bazı durumlar hukuki işlem ehliyetini kısıtlayan etkenler olarak sayılmıştır. Bu durumlarda hukuki işlem ehliyeti bulunup bulunmadığını kısaca açıklamakta fayda bulunmaktadır.

1. Yaş (*Aetas*)

Yaş küçüklüğü, Roma hukukunda hukuki işlem ehliyetini kısıtlayan hallerden ilkidir⁴¹. Kişilerin belli bir yaştan önce akli olgunluğa erişmediği düşüncesi, hukuki işlem ehliyeti için belirli bir yaşa erişme koşulunun aranmasına sebep olmuştur⁴². Böylelikle kişilerin, içeriğini anlamadığı ve/veya sonuçlarını öngörmediği hukuki işlemleri akdetmeleri önlenmeye çalışılmıştır.

Roma hukukunda hukuki işlem ehliyetinin varlığının tespitinde belirli yaşlara erişmek kıstas olarak öngörülmüştür. Bu anlamda üç farklı dönem bulunmaktadır⁴³:

7 yaşın altındaki çocukların (*infantes*⁴⁴) hukuki işlem ehliyetinin olmadığı kabul edilmiş, bu kişilere bir vasi (*tutor*) atanması ve vasi tarafından hukuki işlemlerin tesis edilmesi gerektiği öngörülmüştür⁴⁵. 7-14 yaş aralığındaki kişiler bakımından sınırlı hukuki işlem ehliyeti öngörülmüştür⁴⁶. Bu kişilerin kazandırıcı hukuki işlemleri bizzat yapabilecekleri, kendilerini borç altına sokacak işlemleri ise vasilerinin izni ya da katılması (*auctoritas*) ile yapabilecekleri kabul edilmiş-

³⁷ Antalya ve Topuz, *Medeni Hukuk*, 248; Kayıhan ve Ünlütepe, *Medeni Hukuk*, 166; Akıncı, *Roma*, 192. Schwarz, bu tabiri "medeni hakları kullanma ehliyeti" (Handlungsfähigkeit) olarak adlandırmaktadır. Schwarz, *Roma*, 266.

³⁸ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 200; Söğütü, *Roma*, 262.

³⁹ Yılmaz ve Yıldırım, *Medeni Hukuk*, 121; Akıncı, *Roma*, 192.

⁴⁰ Akıncı, *Roma*, 195.

⁴¹ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 204.

⁴² Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri* (İstanbul: Der Yayınları, 2016), 185; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 204.

⁴³ Schwarz, *Roma*, 266.

⁴⁴ *Infans*, sözlük anlamı bakımından "henüz konuşamayan bir kimse" demektir. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügati* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983) (Lügat), 86; Söğütü, *Roma*, 264.

⁴⁵ Tahiroğlu ve Erdoğmuş, *Roma*, 186; Akıncı, *Roma*, 199; Aksaray, *Roma*, 26-27.

⁴⁶ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 206; Tahiroğlu ve Erdoğmuş, *Roma*, 186.

tir⁴⁷. Hukuki işlemin hem kazandırıcı, hem de borçlandırıcı olması halinde, *impubes* hukuki işlemi yalnız yapmış ise kazandırıcı hukuki işlem geçerli, borçlandırıcı işlem ise geçersiz kabul edilmekteydi⁴⁸. Söz konusu durumda eğer *impubes*, alacağını alamaz ve dava yoluna başvurmak isterse öncelikle borcunu ödemesi gerekmekteydi. Aksi halde, karşı borçlu *impubes*'in tutumunun iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu ileri sürerek mahkumiyetten kurtulabilmekteydi⁴⁹.

14-25 yaş arasındaki kimseler (*puberes minores*) bakımından ise farklı dönemlerde farklı hukuki işlem ehliyeti öngörülmüştür. Roma hukukunda ergenlik yaşı kızlar için 12, erkekler için 14 olarak kabul edilmiştir⁵⁰. Bu yaştaki kişiler fiziksel olgunluğa erişmiş ergin kişiler olarak addedilmekteydi⁵¹. *Ius Civile* ile fiziksel erginliğe erişmek, hukuki işlem ehliyetine sahip olmayı da beraberinde getirmiştir. Ancak kişinin 14 yaşını doldurmakla hukuki işlemin ehemmiyetini anlayamayacağı düşüncesi ve hukuki işlemler nedeniyle zarara uğramasını engellemek amacıyla M.Ö. 190'da kabul edilen *Lex Plaetoria*⁵² ile başlangıçta 14-25 yaş arasındakilerin hukuki işlem ehliyeti korunmuş ve fakat 14-25 yaş arasındaki kimselerin tecrübesizlikleri nedeniyle aldatılmaları halinde açacakları bir ceza davası (*Actio Legis Plaetoriae*) ile zararlarının tazminini sağlama imkanı tanınmıştır⁵³. Yine Kanuna dayanılarak, *praetor* tarafından tanınan bir hak ile aldatıldığını öne süren baliğ küçüklere def'i sunma hakkı tanınmış, bu def'i ile ergin küçüğe aldatıldığını ispat etmesi halinde mahkumiyetten kurtulma imkanı verilmiştir⁵⁴. Ayrıca, *praetor*'ca ergin küçüğün korunması amacıyla eski hale getirme (*in integrum restitutio*) imkanı tanınmıştır⁵⁵. Tanınan bu imkanlar genişletilmiş ve aldatma olmasa da aldatma davası, aldatma def'i ve eski hale getirme müesseselerinden yararlanma imkanı tanınmış, bu durumun üçüncü kişilerin ergin küçüklerle hukuki işlem yapmak istememesi sonucunu doğurması neticesinde de öncelikle bu kişilere talepleri üzerine kayyım atanmıştır⁵⁶. M.S. 300'den sonra da ergin küçüklerin hukuki işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın izni ya da icazetine bağlı olduğu kabul edilmiştir⁵⁷.

⁴⁷ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 186-187; Söğütlü, *Roma*, 265; Aksaray, *Roma*, 27.

⁴⁸ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 207; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 187.

⁴⁹ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 187; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 207; Akıncı, *Roma*, 200.

⁵⁰ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 188; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 204; Gönenç, *Roma*, 23.

⁵¹ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 204.

⁵² *Lex Laetoria De Minoribus* olarak da bilinir. 25 yaşından küçük baliğleri korumak üzere çıkarılan kanundur. Bu yaşlar arasındaki baliğler (*puberes minores*), tecrübesizlikleri yüzünden kolaylıkla aldatıldıkları için, yaptıkları işlemleri, *praetor*'un bu kanuna dayanarak verdiği bir *exceptio* ile (*exceptio legis Plaetoriae*) hükümsüz hale getirebilmekteydiler. Kanunun bu hükmünden kurtularak, tam ve doğru bir işlem yapmak isteyenler, kendilerine kayyım (*curator*) tayin ettirmektedirler. Umur, *Lugat*, 122.

⁵³ Söğütlü, *Roma*, 267.

⁵⁴ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 188-189; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 209.

⁵⁵ Söğütlü, *Roma*, 268. Korkutma halinde başvurulabilecek def'i ve eski hale getirme imkanları için bkz. Ahmet Karakocalı, *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus)* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 95 vd.

⁵⁶ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 189; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 210.

⁵⁷ Söğütlü, *Roma*, 268.

2. Akıl Hastalığı (*Furor*)

Hukuki işlem ehliyetini kısıtlayan durumlardan diğeri akıl hastalığıdır⁵⁸. Roma hukukunda akıl hastalığından muzdarip kişilerin hukuki işlem ehliyeti olmadığı, bu kişilerin akıl hastalığına tutulduktan sonra yaptıkları hukuki işlemlerin geçersiz olduğu kabul edilmiştir⁵⁹.

Akıl hastası kimse, baba egemenliği altında ise hukuki işlemleri aile babası tarafından; baba egemenliği altında değilse de atanacak kayyım (*curator*) tarafından yapılmaktaydı⁶⁰. Eğer kişi, geçici olarak akli melekelerini yitirmiş ise (örneğin sarhoşlar) bu süreçte hukuki işlem ehliyetlerinin bulunmadığı kabul edilmekte, ancak durum geçici olduğundan kendilerine kayyım tayin edilmemektedir⁶¹. Bu duruma sarhoşluk ve uyuşturucu madde etkisi altında olmak örnek verilebilecektir. Hukukumuzda da sarhoş olmak veya uyuşturucu madde etkisi altında olmak, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran haller arasında (TMK. m. 13) düzenlenmiştir⁶².

3. Müsriflik (*Prodigentia*)

Müsriflik (*prodigentia*) de Roma hukukunda hukuki işlem ehliyetini kısıtlayan bir hal olarak sayılmıştır⁶³. Müsrif (*prodigus*) kimseler mal varlıklarını savurganca tükettiklerinden, bu kişilerin ailelerini yoksulluğa sürüklemeleri için hukuki işlem ehliyetlerinin kısıtlanması ve bu kimselere kayyım (*curator prodigi*) atanması söz konusu olmuştur⁶⁴.

Müsrif kimsenin yaptığı işlem kazandırıcı bir işlemse bu işlem, geçerli kabul edilmiş; taahhüt ya da tasarruf işlemi ise geçersiz kabul edilmiştir, meğer ki kayyımları bu işleme izin vermiş olsun⁶⁵. Bu durum hukukumuzda da aynen mevcuttur. Müsrifliği nedeniyle kısıtlanmış bir kimse, kazandırıcı işlemleri bizzat, borçlandırıcı işlemleri ise ancak yasal temsilcisinin izni ile yapabilecektir (TMK. m. 16⁶⁶). Yasal temsilcinin izni olmadan yapılan işlemler bakımından “tek taraflı bağlamazlık” söz konusu olacak, yasal temsilci icazet vermedikçe bu işlemler sözleşmenin karşı tarafını bağlarken kısıtlı kimseler için bağlayıcı olmayacaktır⁶⁷.

⁵⁸ Bugün de Türk Medeni Kanunu, madde 15'te bu husus açıkça belirtilmektedir, Schwarz, *Roma*, 271.

⁵⁹ Söğütlü, *Roma*, 269; Üçer, *Roma*, 180.

⁶⁰ Söğütlü, *Roma*, 270.

⁶¹ Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 92; Aksaray, *Roma*, 28. Akıl hastalığı sürekli bulunan kişiler “*demens*”, sürekli bulunmayan kişiler ise “*furiosus*” olarak adlandırılmıştır.

⁶² V. Umur Erkan ve İpek Yücer, “Ayırt Etme Gücü”, *AÜHF* 60, S. 3 (2011): 493.

⁶³ Schwarz, *Roma*, 272.

⁶⁴ Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 93; Söğütlü, *Roma*, 270.

⁶⁵ Söğütlü, *Roma*, 270.

⁶⁶ Yılmaz ve Yıldırım, *Medeni Hukuk*, 123-124.

⁶⁷ Yılmaz ve Yıldırım, *Medeni Hukuk*, 124.

4. Cinsiyet

Roma hukukunda hukuki işlem ehliyetini kısıtlayan durumlardan sonuncusu cinsiyettir⁶⁸. Buna göre kadının, baba ya da koca egemenliğinde olmasa dahi tek başına hukuki işlemde bulunması sınırlandırılmıştır⁶⁹. Tıpkı ergin küçükler ve müsriflik nedeniyle kısıtlananlar gibi, kadınlar da kazandırıcı işlemleri tek başlarına yapabilmekteydiler ve bu işlemler geçerli sayılmaktaydı. Borçlandırıcı işlemleri ise ancak bir vasi (*tutor mulieris*) aracılığı ile yapabilmekteydiler⁷⁰. Bu sınırlamalar, Klasik Dönem'den sonraki zamanlarda giderek kaybolmuş ve Iustinianus hukukunda tamamen ortadan kalkmıştır⁷¹. Bununla birlikte, kadının hukuki durumu değiştiikten sonra bile Iustinianus şu ifadeyi kullanabilmekteydi:

“In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum”⁷².

“Hukukumuzun birçok bölümlerinde, kadınların durumu erkeklerinkinden daha kötü vaziyettedir.”

Doktrinde bu durumun, kadınların toplumsal yaşamda yeterince aktif olmasından kaynaklı olarak tecrübesizlikleri nedeniyle zarara uğramalarının engellenmesi amacıyla kaynaklandığı ifade edilmiştir⁷³. Nitekim tarihsel gelişmeler de bu görüşü doğrular nitelikte olup, kadınların toplumsal hayattaki etkinliğinin artmasıyla orantılı şekilde vesayet müessesesinde kadınlar lehine değişikliğe gidilmiş ve nihayet kadınların hukuki işlem ehliyeti tanınmıştır⁷⁴.

II. ÖZEL YARGILAMA SİSTEMİ VE LEGIS ACTIO'LAR

A. ÖZEL YARGILAMA SİSTEMİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

İlkel toplumlarda tamamıyla örgütlenmiş güçlü bir devlet yapısından bahsetmek söz konusu olmadığından, bu dönemlerde insanlar güçleri yettiği oranda kendi haklarını kendileri aramakta ve alacaklarını bu şekilde temin edebilmekteydiler⁷⁵. Devlet teşkilatının güçlenmesiyle birlikte, devlet yargı yetkisini tekeline almış, ihkak-ı hakkı yasaklamış, yargılama ve icra faaliyetlerini kendisi yürütmüştür. Roma'da da bu gelişim aynı seyri takip etmiş, Devletin ilk dönemlerinde kişiler kendi haklarını kendileri temin etmiş, devlet teşkilatının güçlenmesi sonrasında ise yargı ve icra yetkisi devlet tekeline alınmıştır⁷⁶. Ancak başlangıçta

⁶⁸ Schwarz, *Roma*, 272-273.

⁶⁹ Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 93-94.

⁷⁰ Söğütü, *Roma*, 272; Schwarz, *Roma*, 273.

⁷¹ Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 94; Schwarz, *Roma*, 273.

⁷² D. 1, 5, 9 (*Papinianus* 31 *quaest.*).

⁷³ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 215; Üçer, *Roma*, 181.

⁷⁴ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 215; Üçer, *Roma*, 181; Gönenç, *Roma*, 28.

⁷⁵ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 232.

⁷⁶ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 233.

yargı yetkisi doğrudan devlet memurlarınca yürütülmemiş, özel hakim veya hakemlerin yargılama ve icra aşamasını yürüttüğü bir süreç mevcut olmuştur⁷⁷.

Özel yargılama sistemi (*Ordo Iudiciorum Privatorum*), yargılama sisteminin devletin koruyuculuğu altında ve fakat özel kişilerce yürütülen şeklidir⁷⁸. Roma'da, Krallık Dönemi'nin ortalarından başlayarak M.S. 342⁷⁹ yılına kadar devam eden bu sistemde, devlet *Magistra* aracılığı ile kişilere dava imkanı tanımakta ve bu davanın nasıl yürütüleceğini belirlemekteydi. Yine devlet, *magistra* aracılığı ile tarafların kararlaştırdığı bir kişiyi özel yargıç olarak yetkilendirmektedir⁸⁰.

Özel yargılama sistemi de kendi içinde iki farklı usul sistemini barındırmıştır. Bunlar, *legis actio* ve *formula* usulleridir⁸¹.

Legis actio usulü, Krallık Dönemi'nin ortalarından M.Ö. 17 yılında çıkarılmış iki *lex Iulia* ile kaldırılıncaya değin var olmuş, ancak M.Ö. 3. yüzyıldan sonra *formula* usulünün uygulanmaya başlaması ile kullanımı azalmıştır⁸². *Formula* usulü de *Lex Aebutia*⁸³ (M.Ö. 120-110⁸⁴)'dan önce uygulamaya konulmuş⁸⁵, M.S. 342 yılında sistem dışı yargılama usulünün kabulüyle bu usul terk edilmiştir⁸⁶.

B. LEGIS ACTIO USULÜ

Krallık Dönemi'nin ortalarından hukuken M.Ö. 17'ye, fiili olarak ise M.Ö. 120-110 yılları arasına kadar başvuru olan bu usulde, yargılama iki aşamadan oluş-

⁷⁷ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 233.

⁷⁸ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 233; Söğütü, *Roma*, 180.

⁷⁹ Tahiroğlu ve Erdoğan bu sistemin M.S. 284'e kadar yürürlükte olduğunu, bu tarihten sonra Sistem Dışı Yargılama Sistemi'nin uygulanmaya başlandığını ifade eder. Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 234.

⁸⁰ Schwarz, *Roma*, 286-287; Söğütü, *Roma*, 184; Üçer, *Roma*, 219.

⁸¹ Schwarz, *Roma*, 292; Mişon Ventura, *Roma Hukuku (Birinci Cilt)* (İstanbul: Ahmet İhsan Matbaası Ltd., 1934), 149; Ziya Umur, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979) (Roma), 522; Söğütü, *Roma*, 180; Mehmet Üçer ve Nedim Meriç, "Roma Hukukunda ve Medenî Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (*Litis Contestatio*'dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu)", *Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Dergisi* 8, S. 22 (2012): 3-66, 10; Üçer, *Roma*, 219.

⁸² Doğan Kütükçü, *Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 43. Sınırların genişlemesi ve Roma'nın nüfuzunun artması neticesinde *legis actio*'lar artık yetersiz kalmıştır. Söğütü, *Roma*, 99, 182; Üçer, *Roma*, 219.

⁸³ Tarihi (M.Ö. 110 civarı) ve içeriği tartışmalı olan bu kanunla, belki de ilk defa yabancılar *praetor*'unun (*praetor peregrinus*) uygulamaya başlamış olduğu *formula* usulü, şehir *praetor*'u (*praetor urbanus*) tarafından da tarafların isteği üzerine, *ius civile*'nin dava hakkı tanımadığı uyumsuzluklarda uygulanmaya başlanmıştı. Kanun, *legis actio*'lar usulünü ortadan kaldırmış olmamakla birlikte, *formula* usulüne de aynı kuvveti verdiği için, bu yeni usulün uygulama alanı, eski usulün aleyhine hızla artmıştır. Bu kanunun *legis actio*'lar usulünün *in iure* aşamasındaki şekilciliklerini de bertaraf etmiş olması muhtemel görülmektedir. Umur, *Lügat*, 114.

⁸⁴ *Lex Aebutia*'nın çıkarılmış olabileceği tarihlerle ilgili doktrindeki farklı görüşler için bkz. Ali Selkor Atak, *Roma Hukukunda Tüketim Ödücüsü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 264, dn. 121.

⁸⁵ Atak, *Roma*, 265 vd.; Söğütü, *Roma*, 184.

⁸⁶ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 308.

maktaydı⁸⁷. Bunlar, “*in iure*”⁸⁸ olarak adlandırılan *Magistra* önündeki aşama ve *Magistra*’nın dava imkanı verdiği ve taraflarca belirlenen özel yargıcın yargılamayı yaptığı “*apud iudicem*”, yani yargıç önündeki aşamadır⁸⁹.

Legis actio’lara “kanuni davalar” da denilmektedir⁹⁰. Bunun sebebi, *legis actio*’ların kanunla belirlenmesi ve bu usulde belirli kalıpların kullanımının zorunlu olmasıdır⁹¹. Kişiler dava açmak istediklerinde bu kalıplardan kendi durumlarına uyanı seçmek zorundaydılar⁹². Bu anlamda *legis actio*’lar, gerçek anlamda birer dava değil, davaların görülmesini kolaylaştıran, tip haline getirilmiş dava kalıplarından ibaretti⁹³. Öyle ki bu kalıplarda belirli sözcüklerin söylenmemesi dahi davanın kaybedilmesine yol açabilmekteydi⁹⁴. Gaius bu hususu şu örnekle açıklamaktadır:

“*Unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboribus succisis loqueretur*”⁹⁵.”

“Bu nedenle, asmalarını kestği için başka birine karşı dava açan ve dilekçelerinde onlara “asma” adını veren bir kişinin, onlara “ağaç” demesi gerektiği sebebiyle davasını kaybetmesine karar verildi. Çünkü On İki Levha Kanunu, genel olarak ağaçların kesilmesinden bahseder.”

Legis actio usulüne ilişkin bilgilerin kaynağı Gaius’a dayanmaktadır.

“*Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem, per conductionem, per manus iniunctionem, per pignoris capionem*”⁹⁶.”

“Kanuni dava sürecinin beş türü vardı. *Sacramentum, iudicis postulatio, condictio, manus iniectio, ve pignoris capio*.”

⁸⁷ Kütükçü, *Batı Hukuku*, 85. Davanın iki aşamada görülmesi kuralı en eski dönemlerde mevcut değildi. Krallık Dönemi’nde kral, ayrıca bir hakim seçme zorunluluğuna tabi olmadan, kendi Rahiplik sıfatına dayanarak, davayı bizzat görebilmekteydi, Umur, *Roma*, 523.

⁸⁸ “*Ius*” anlamına da gelmektedir. Bu manada “*ius*” adaletin tevzi edildiği yeri ifade etmektedir. (D. 1, 1, 11: *locus in quo ius redditur*.) Schwarz, *Roma*, 287, dipnot (4); H. Cahit Oğuzoğlu, *Roma Hukuku* (Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1959), 331.

⁸⁹ Di Marzo, *Roma*, 98; Schwarz, *Roma*, 287; Umur, *Roma*, 523; Tahiroğlu ve Erdoğmuş, *Roma*, 234; Kütükçü, *Batı Hukuku*, 85; Söğütlü, *Roma*, 183.

⁹⁰ Umur, *Roma*, 536; Söğütlü, *Roma*, 181; Kütükçü, *Batı Hukuku*, 54; Üçer, *Roma*, 220.

⁹¹ Söğütlü, *Roma*, 182; Kütükçü, *Batı Hukuku*, 54; Üçer, *Roma*, 220. Umur, bu *actio*’ların hem kanun tarafından ihdas edilmiş olduklarını, hem de kanun gibi, kelimeleri değiştirilemeyecek şekilde dermeyer edilmeleri gerektiğini söylemektedir, Umur, *Roma*, 536.

⁹² Kütükçü, *Batı Hukuku*, 54.

⁹³ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 317; Üçer, *Roma*, 220.

⁹⁴ Di Marzo, *Roma*, 98-99; Oğuzoğlu, *Roma*, 331; Max Kaser ve Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. (München: Beck, 1996), 35.

⁹⁵ Gai, IV, 11. Scott, *The Civil Law*, 186.

⁹⁶ Gai, IV, 12. Scott, *The Civil Law*, 186.

Gaius'un da ifade ettiği üzere, bu usulde beş *legis actio* mevcuttur⁹⁷. Yani beş dava tipi olduğu ifade edilmektedir⁹⁸. Bunlar: *sacramento*, *per iudicis postulationem*, *per conditionem*, *per manus iniunctionem*, *per pignoris capionem*'dir⁹⁹. Bunlardan üçü usul hukuna ilişkin dava tipi, ikisi ise icra hukukuna ilişkin tiplerdir¹⁰⁰.

Bu usul ve icra tiplerinin her birinin bir hakka ilişkin olduğunu ifade etmiştik. Bunların neler olduğunu kısaca vurgulamak gerekirse; *legis actio per sacramentum*, *legis actio per sacramentum in rem* ve *legis actio per sacramentum in personam* olmak üzere iki türde düzenlenmiştir¹⁰¹. *Legis actio per sacramentum in rem*, aynı haklarla aile hukukuna ilişkin mutlak haklara ilişkin uyumsuzluklarda, *legis actio per sacramentum in personam* ise şahsi hak (alacak hakkı) iddialarına ilişkin uyumsuzluklarda kullanılan tiptir¹⁰². Bu konuya ilişkin olarak Gaius'a ait bir metin şu şekildedir:

“*Sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur*”¹⁰³.”

“*Actio sacramenti*, genel dava biçimiydi, çünkü kanunla başka bir usul tayin edilmediğinde, *sacramentum* usulü uygulanırdı.”

Legis actio per iudicis postulationem; tereke taksimi (*actio familiae erciscundae*¹⁰⁴), konusu para olan dar hukuk sözleşmesinden doğan uyumsuzluklar ve

⁹⁷ Honig, *Roma*, 86 vd.; Di Marzo, *Roma*, 100; Ventura, *Roma*, 159; Oğuzoğlu, *Roma*, 336; Umur, *Roma*, 536; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 237; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 317; Üçer, *Roma*, 219; Kaser ve Hackl, *Das römische*, 36.

⁹⁸ Ventura bu davaları “*Legis actio*’ların beş şekli” (*Quinque modi lege agendi*) olarak adlandırmaktadır. Ventura, *Roma*, 159. Doktrindeki pek çok tartışmalı soru bu *legis actio*’lar usulünün şekliyle bağlantılıdır. Leopold Wenger, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure* (Trans. by Otis Harrison Fisk) (New York: Veritas Press, 1940), 124.

⁹⁹ Gai., IV, 12. Scott, *The Civil Law*, 186.

¹⁰⁰ Umur, *Roma*, 537; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 318; Akıncı, *Roma*, 320; Üçer, *Roma*, 219-220. Yukarıda bahsi geçen ilk üç dava (*legis actio*), anlaşmazlığın belirlenmesine, anlaşmazlık taraflarından kimin haklı kimin haksız olduğunun saptanmasına ve eğer şikayette bulunan taraf haklı ise, diğer tarafın mahkum edilmesine ilişkin usulleri belirlerken; son iki dava ise, şikayet eden ve davada haklı görülen tarafın hakkını almasında, yani mahkum edilen davalının, mahkumiyet hükmünün gereklerini ifa etmesini sağlamada uygulanacak usullere ilişkindir. Kaser ve Hackl, *Das römische*, 36.

¹⁰¹ Umur, *Roma*, 537 ve 545; Di Marzo, *Roma*, 100; Oğuzoğlu, *Roma*, 337; Eşref Küçük, *Actio Popularis* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 42; Kaser ve Hackl, *Das römische*, 86; Wenger, *The Roman Law*, 125.

¹⁰² Umur, *Roma*, 545 vd.; Oğuzoğlu, *Roma*, 337; Küçük, *Actio*, 42-43; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 239; Kaser ve Hackl, *Das römische*, 86 ve 89; Wenger, *The Roman Law*, 127.

¹⁰³ Gai., IV, 13. Scott, *The Civil Law*, 186.

¹⁰⁴ Ortaklaşa şekilde mirasçı olan kimselerin, miras mameleğini bölmek için açtıkları taksim davasıdır. Tarafların hem davacı hem de davalı oldukları bu dava ile, taksim edilemeyen mallar taraflardan birine tahsis edilir (*adiudicatio*), eşitliği sağlamak için diğer taraflar lehine alacak hakları, aynı haklar veya rehin gibi teminat hakları ihdas edilirdi. Eskiden dar hukuk davası (*iudicia stricti iuris*) iken, Iustinianus zamanında hüsnüniyet davası (*iudicium bonae fidei*) olmuştur, Umur, *Lügat*, 7.

ortaklığın giderilmesi (*actio communi dividundo*¹⁰⁵) uyuşmazlıklarında kullanılır; *Legis actio per conditionem* de, konusu belirli miktar para ve belirli bir şey olan uyuşmazlıklarda kullanılan tiptir¹⁰⁶.

Legis actio per manus iniunctionem ve *legis actio per pignoris capionem*¹⁰⁷ icra usulüne ilişkin tipler olup, ilki özel hukuk kaynaklı ve konusu daha çok para olan alacakların icrasına, diğeri de daha çok kamu hukuku kaynaklı alacakların icrasına ilişkin tiptir¹⁰⁸.

Doktrinde bu beş dava türünden ikisi olan *legis actio sacramento* ve *legis actio per manus iniunctionem*, bazı yazarlara göre bir bakıma ekonomik açıdan zayıf olan tarafa karşı davacının dava açabileceği baskı araçları gibi görünmekteydi. *Legis actio*'nun ilk (önceki) hali, adından da anlaşılacağı gibi, muhtemelen iki tarafın karşılıklı olarak yemin etmesinden ortaya çıkmıştır. Buna daha sonrasında, yalan yere yemin ettiği için Tanrı'nın öfkesini yatıştırmak amacıyla, kaybeden tarafın bir miktar parasına el konulması da eklenmiştir. Tarihsel dönemlerde, bu yeminden hiçbir eser kalmamıştır. Bu dava sürecinin özü kısaca; her iki tarafın, davanın açılmasından önce, davayı kazanan tarafa iade edilecek olan ancak davayı kaybeden tarafa karşı alıkonulan bir miktar parayı *pon-tifex*'lere¹⁰⁹ (din adamı, rahip) vermek zorunda olmasıdır¹¹⁰. Bu sistem, günümüzde icra hukukunda cari olan ihtiyati haciz müessesesinin de bir nevi temelini oluşturmaktadır.

1. *Magistra* Önündeki Aşama (*In iure*)

*Magistra*¹¹¹ önüne davetle başlayan bu süreçte, hakkı zarara uğrayan kimse, hakkını ihlal eden kişiyi resmi bir biçimde *magistra* önüne çıkmaya davet etmekteydi¹¹². Çağrılan kişi *magistra* önüne çıkarsa "*in iure*" aşaması başlamakta; çağ-

¹⁰⁵ Elbirliği (iştirak halindeki) mülkiyeti esnasında doğabilecek olan uyuşmazlıkların, ortak malları taksim ederek halledilmesi için, maliklerden birisi tarafından açılan davadır. Hakim, taksim edilemeyen malların mülkiyetini taraflardan birine tahsis eder (*adiudicatio*) ve eşitliğin sağlanması için, diğer taraf lehine alacak hakkı, irtifak hakkı veya rehin gibi teminat hakları ihdas ederdi, Umur, *Lügat*, 3.

¹⁰⁶ Di Marzo, *Roma*, 102; Oğuzoğlu, *Roma*, 338-339; Umur, *Roma*, 537; Küçük, *Actio*, 43-44; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 238; Kütükçü, *Batı Hukuku*, 50; Söğütü, *Roma*, 183; Wenger, *The Roman Law*, 129 vd.

¹⁰⁷ Borcunu eda etmeyen borçlunun malları üzerine, alacaklının, bazı şekli sözler söyleyerek, kendi iradesi ile el koyması durumudur, Di Marzo, *Roma*, 103-104.

¹⁰⁸ Umur, *Roma*, 537 ve 552 vd.; Küçük, *Actio*, 44-45; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 241-242; Kaser ve Hackl, *Das römische*, 36-37.

¹⁰⁹ Roma'da din işleriyle meşgul olan heyete dahil olan kimse. Rahip. Roma'nın ilk dönemlerinde hukuk işlerine de rahipler baktığından, ilk Roma hukukçuları sayılırlar. Takvim bilimi ellinde olduğu için M.Ö. 300 yıllarına kadar gizli ve tekellerinde tuttukları hukuk alanındaki faaliyetleri, bilhassa *interpretatio*, *cavere*, ve *respondere* şeklinde görülmekteydi. Umur, *Lügat*, 160.

¹¹⁰ J. M. Kelly, *Roman Litigation* (Oxford: The Clarendon Press, 1966), 81.

¹¹¹ Krallık Dönemi'nde kral, Cumhuriyet Dönemi'nin ilk yüzyıllarında *consul*'lerden biri, M.Ö. 367 yılından sonra ise, *praetor*'lar *magistra* niteliği ile bu fonksiyonu ifa etmişlerdir. Karadeniz Çelebiçan, *Roma*, 272 vd.

¹¹² Buna "*in ius vocatio*" denmekteydi, bkz. Schwarz, *Roma*, 287; Umur, *Roma*, 542; Akıncı, *Roma*, 321; Üçer ve Meriç, "Roma Hukukunda ve Medenî Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (*Litis Contestatio*'dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu)", 10.

rıya rağmen kişi *magistra* önüne çıkmayı kabul etmezse de bu durum tanıklarla tespit edildikten sonra, hakkının ihlal edildiğini iddia eden kimse zor kullanarak bu kişiyi *magistra* önüne çıkarabilmekteydi¹¹³. Roma hukukundaki bu sert müeyyidenin sebebi, davalı olmadan davaya başlanamamasıydı¹¹⁴. Günümüz hukukunda ise davete icabet etmemenin her ne kadar Roma hukukundaki gibi ağır sonuçları olmasa da birtakım olumsuz sonuçlarından bahsetmek mümkündür¹¹⁵.

Roma hukukunda sonrasında ise, her halükarda *magistra* önüne çıkmakla *in iure* aşaması başlamaktaydı¹¹⁶. Bu aşama, günümüz hukukundaki “ön inceleme” aşamasına tekabül etmektedir. Bu aşamada uyuşmazlık çözülmemekte; yalnızca uyuşmazlığın tespiti yapıлып, ne şekilde çözüleceğine dair bir yol haritası çıkarılmaktadır¹¹⁷. On İki Levha Kanunu’ndan bir metin bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:

“*Si in ius vocat, (ito). Ni it Antestamino; igitur em capito*¹¹⁸.”

“Eğer (davacı davalıyı) hukuk uygulayıcısı (*magistra* önüne) çağırırsa gitsin. Gitmezse (davacı onu) tanıklık etmeye çağırın; o zaman (sadece) onu zorla alıp getirsin.”

Hakkının ihlal edildiğini öne süren kimse *magistra*’dan kendisine dava hakkı verilmesini talep ederdi¹¹⁹.

Legis actio sacramento in rem örneği üzerinden gidilecek olursa, bu aşamada hak iddia eden kişi ihtilaf konusu mal ya da malı temsil eden bir parçayı

¹¹³ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 238. Çağrılan kişinin *magistra* önüne derhal gitmeyi kabul etmemesi durumunda, bir kefil (*vindex*) gösterme zorunluluğu bulunmaktaydı. Kefil, çağrılan kişinin daha sonra *magistra* huzuruna geleceğini garanti eden kişiydi. Akıncı, *Roma*, 321. Davalı, yargılama yerine yaşlılığından veya hastalığından ötürü gidemiyorsa veya gitmesi kendisinden beklenemiyorsa, davacının bu durumda ona bir binek (*at, eşek, vb.*) temin etmesi gerekmekteydi, bkz. Üçer ve Meriç, “Roma Hukukunda ve Medenî Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (*Litis Contestatio*’dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu)”, 11, özellikle dipnot 22. Bu merasim şekli, On İki Levha Kanunu’nun Birinci Levha’sındaki ilk hükümlere dayanmaktadır. Bu hükümlere göre, davacı, yolda rastladığı hasmına, “Seni hakim huzuruna davet ediyorum.” anlamına gelen “*In ius ti voco.*” sözlerini söylemekteydi. Hasım da bu şekilde ortaya çıkan davete icabet ederek, davacının arkasından gitmeye mecburdu. Aksi takdirde davacı, bu icabetsizliği tespit etmek için hazır bulunanları şahit tuttuktan sonra, hasmını sürükleyerek mahkemeye götürrebilmekteydi, Ventura, *Roma*, 155.

¹¹⁴ Meral Sungurtekin Özkan ve Gökçe Türkoğlu Özdemir, *Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2008), 47.

¹¹⁵ Duruşmaya gelmeyen davalının, yokluğunda yapılacak işlemlere itiraz edemeyecek olması, hakim duruşma yapmadan dosya üzerinden karar verebileceği, vb. durumlar için bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 285.

¹¹⁶ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 316; Akıncı, *Roma*, 321.

¹¹⁷ Üçer ve Meriç, “Roma Hukukunda ve Medenî Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (*Litis Contestatio*’dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu)”, 12.

¹¹⁸ On İki Levha I. 1; Sema Sandalcı, *On İki Levha Yasaları*, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Eskiçağ Dilleri ve Kültürleri Bölümü Latin Dili ve Edebiyatı Anabilim Dalı, İstanbul 1993, 26-45. <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/21565.pdf> (E.T. 18.03.2023).

¹¹⁹ Schwarz, *Roma*, 287; Söğütü, *Roma*, 183.

magistra önüne getirir, mülkiyet hakkını simgeleyen bir değnekle mala veya malı simgeleyen bir parçasına dokunur ve “Bu malın *Quirities* Hukuku’na göre bana ait olduğunu iddia ediyorum, sana karşı istihkakımı öne sürüyorum.” diyerek mal üzerinde hak iddia ederdi¹²⁰ (*editio actionis*¹²¹).

Bu aşamada hak ihlal ettiği öne sürülen kişi, ikrarda (*confessio in iure*¹²²) bulunursa ya da yemin teklifini reddeder yahut kendisi yemin teklif eder ve hakkının ihlal edildiğini iddia eden kimse yemin ederse yargılama sona erer (*iusiurandum in iure*) ve kararın icrası söz konusu olurdu¹²³.

İkrar veya yemin söz konusu değilse *magistra*’nın yargı görevi başlar, taraflar dinlenildikten sonra dava hakkı tanınır ya da talep reddedilirdi. Burada dikkat edilmesi gereken husus *magistra*’nın verdiği kararların kesin hüküm niteliği taşımadığıdır¹²⁴. Hakkının ihlal edildiğini iddia eden kimse yeni *magistra*’dan tekrar dava hakkı talep edebilmekteydi.

In iure aşamasında davacının seçtiği *legis actio*’nun doğru olup olmadığı ve şekli yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği tespit edilirdi. Eğer bu yükümlülükler yerine getirilmiş ise *litis contestatio*¹²⁵ aşaması başlardı¹²⁶.

Hem *legis actio*’lar hem de *formula* usulünde mevcut olan bu aşamada da davanın özel yargıç önünde görülürken esas alınacak hususları saptanmakta ve davaya bakacak özel yargıcın yetkilendirilmesi yapılmaktaydı¹²⁷. Bu aşamadan sonra özel yargıç aşaması başlardı.

¹²⁰ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 239.

¹²¹ Üçer ve Meriç, “Roma Hukukunda ve Medenî Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (*Litis Contestatio*’dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu)”, 12. Davacının, ikame etmek istediği davanın hangisi olduğunu davalıya bildirmek amacıyla yaptığı işlem. Umur, *Lügat*, 64.

¹²² “*Confessus pro iudicato habetur* (İkrar eden mahkum edilmiş addedilir)” (D. 42, 2, 1 (*Paulus 56 ad ed.*)), bkz. Belgin Erdoğan, *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011), 29.

¹²³ Schwarz, *Roma*, 288; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 316.

¹²⁴ Bu durumda şikayet sahibi kişinin yeniden dava açma hakkı tamamen ortadan kalkmamakla birlikte; aynı *magistra* önüne aynı iddia ile tekrar gitmesi düşünülemeyeceğinden, bir yıl sonra bu *magistra*’nın görevi sona erince, şikayetçi dilediği takdirde yeni seçilen *magistra* önünde iddiasını yeniden ileri sürebilmekteydi. Karadeniz Çelebican, *Roma*, 316.

¹²⁵ Davanın tespiti. Özellikle, Özel Yargılama Sistemi sırasında, davanın ağırlık merkezi olan ve aralarında uyumsuzluk bulunan taraflar arasında yapılan anlaşma. *Legis actio*’lar zamanında tarafların, kararına uyacaklarını kabul ettikleri bir hakimi, *magistra*’nın kontrolü altında ve şahitler huzurunda seçmeleri idi. Umur, *Lügat*, 128.

¹²⁶ *Formula* usulünde, bir borç dava olarak öne sürüldüğünde *litis contestatio* aşamasına geçilmekle bu aşamanın yenileme etkisi göstererek borcu sona erdirdiği, borçlunun artık *litis contestatio*’dan ötürü sorumlu olmaya başlayacağı, hüküm ile de borcun bir hüküm borcuna dönüşeceği ifade edilmiştir. Yine *litis contestatio* ile sona eren borçların artık bir eksik borca dönüşeceği belirtilmiştir. Duygu Özer Santaş, *Roma Borçlar Hukuku Genel hükümler Ders Notları* (Bursa: Dora Yayıncılık, 2018), 114, 39; Schwarz, *Roma*, 288; Söğütü, *Roma*, 184.

¹²⁷ Umur, *Roma*, 558 vd.; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 234-235; Söğütü, *Roma*, 184.

Özel yargıcın seçimi ile ilgili olarak da yargıç başlangıçta rahip hukukçulardan (*pontifex*) seçilmekteyken, yargı işi rahiplerin tekelinden çıktıktan sonra *magistra*'da bulunan yargıçlar listesinden (*album iudicum*) ya da listede bulunmayan güvenilir bir kişinin (*unus iudex*) seçilmesi suretiyle belirlenmekteydi¹²⁸.

Litis contestatio kavramını neticeleri dolayısıyla hukukumuzdaki bazı usuli uygulamalara, özellikle de “ön inceleme” aşamasına benzetebiliriz. Zira ön inceleme aşaması ile de dosyanın tekemmül ettirilmesi ve tarafların arasındaki hukuki uyumsuzluğun karakterize edilmesi amaçlanmaktadır¹²⁹.

Litis contestatio aşaması sona erince tarafların değiştirilmesine izin verilmekteydi. Hukukumuzda da belirli durumlar haricinde taraf değişikliğine cevaz verilmemektedir¹³⁰. Yine bu aşamadan sonra *in iure*'de dile getirilen iddialar ve yapılan işlemlere müdahale edilememekte, bu aşamada tespit edilen hususlardaki değişiklikler özel yargıç tarafından dikkate alınmamakta idi. Hukukumuzda da taraflar, dilekçeler teatisi bitmeden önce iddia veya savunmalarını genişletebilmekte ya da değiştirebilmekte, bu haller dışında iddia veya savunmalarını genişletmemektedirler¹³¹.

2. Özel Yargıç Önündeki Aşama (*Apud iudicem*)

Magistra'nın davayı kabulü ve akabinde *litis contestatio* aşamasının sona ermesini takiben üç gün içinde tarafların özel yargıç önüne çıkmasıyla bu aşama başlamaktaydı¹³². Yargıç önündeki aşama sabah oturumu ve öğleden sonra oturumu şeklinde iki aşamadan oluşmakta, öğleden sonra oturumunda taraflar iddialarını ispatlamaya çalışmaktaydı¹³³.

Tarafların özel yargıç önündeki bu aşamaya katılması şart olmamakla birlikte, bu durum katılmayan tarafın davayı kaybetmesine sebep olmaktadır¹³⁴. Bu du-

¹²⁸ Di Marzo, *Roma*, 113-114; Schwarz, *Roma*, 288; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 240.

¹²⁹ Murat Atalı ve İbrahim Ermenek, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 163; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Usul Hukuku*, 280-281; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 381-382.

¹³⁰ “Tarafta iradî değişiklik HMK. MADDE 124- (1) Bir davada taraf değişikliği, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkündür. (2) Bu konuda kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır. (3) Ancak, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilir (4) Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir. Bu durumda hâkim, davanın tarafı olmaktan çıkarılan ve aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermeyen kişi lehine yargılama giderlerine hükmeder.”

¹³¹ “İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi HMK. MADDE 141- (1) Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. (2) İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda islah ve karşı tarafın açık muvafakatî hükümleri saklıdır.”

¹³² Umur, *Roma*, 559; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 321; Akıncı, *Roma*, 325.

¹³³ Küçük, *Actio*, 40.

¹³⁴ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 321.

rum hukukumuzda dosyanın işleminden kaldırılması ve davanın açılmamış sayılması müessesesi ile benzeşmektedir¹³⁵. Ancak bu durum davanın tarafların aleyhine sonuçlanması sonucunu doğurmamaktadır. Zira bu halde, yeniden harç ve yargılama gideri ödemek suretiyle yeni bir dava açma imkanı bulunmaktadır¹³⁶.

İddiaların ispatı ile ilgili olarak da, herkes iddiasını ispatla mükellefi ve iddiasını her türlü delille ispat etme imkanı bulunmaktaydı¹³⁷. Özel yargıç, sunulan delilleri değerlendirerek aynı gün içinde objektif olarak karar verir, yargılama güneş batana kadar bitmezse davanın çözümü başka bir güne bırakılırdı¹³⁸. Yeterli özen ve gayreti göstermesine rağmen karar veremez ise yemin ederek görevinden çekilir, yeni bir özel yargıç görevlendirilirdi¹³⁹.

Davanın kabulü halinde icra aşamasına geçilirdi. Özel yargıç tarafından verilen karar kesin hüküm niteliği taşır, aynı konuda tekrar dava açılması söz konusu olmazdı¹⁴⁰. Bu durum da hukukumuzdaki kesin hüküm müessesesi ile benzeşmektedir. Hukukumuzda da tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davanın ikinci kez açılmayacağı, kesin hükmün varlığı halinde davanın usulden reddedileceği kabul edilmiştir¹⁴¹.

3. İcra Aşaması

İcra aşaması, *magistra* önünde ikrar ya da susma suretiyle yahut özel yargıç önünde mahkum edilmekle ortaya çıkan kararın icrasına ilişkin aşamadır.

Legis actio per manus iniectionem davası ile bu usulün açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Yukarıda özetlendiği üzere, *magistra* önünde ikrarla, yemin yükümlülüğüne uymamakla ya da karşı yemin ile veya özel yargıcın kararıyla borçlu duruma düşen kişi borcunu otuz gün içinde yerine getirmese, borcun icra yolu ile tahsili söz konusu olmaktadır¹⁴².

“1. Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt. 2. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. 3. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne

¹³⁵ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: Legal Yayınevi, 2016), 609 vd.; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku C: I-II* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000), 607; H. Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (İstanbul: Beta Basım, 2011), 397 vd.; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Usul Hukuku*, 314 vd.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul Hukuku*, 583; Atalı ve Ermenek, *Usul Hukuku*, 233.

¹³⁶ Kuru, *Usul Hukuku*, 619; Üstündağ, *Yargılama Hukuku*, 610; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Medeni Usul*, 404; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Usul Hukuku*, 317; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul Hukuku*, 584; Atalı ve Ermenek, *Usul Hukuku*, 235.

¹³⁷ Umur, *Roma*, 560 vd.; Akıncı, *Roma*, 325.

¹³⁸ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 240.

¹³⁹ Umur, *Roma*, 564; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 322.

¹⁴⁰ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 323.

¹⁴¹ Kuru, *Usul Hukuku*, 194; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Usul Hukuku*, 215; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul Hukuku*, 324; Atalı ve Ermenek, *Usul Hukuku*, 264.

¹⁴² Schwarz, *Roma*, 94; Oğuzoğlu, *Roma*, 339; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 241.

*minore, aut si volet maiore vincito. 4. Si volet suo vivito. Ni suo vivit libras fabris endo dies dato. Si volet. Plus Dato*¹⁴³.”

“1. Borçlu olduğu kabul edildikten ve uyuşmazlık üstüne dava makamınca karar verildikten sonra (borçlunun borcunu ödemesi için) 30 gün yasal süre olsun. 2. Bu süreden sonra (borçluya) el konsun. Dava makamına götürülsün. (Eğer borçlu, mahkumiyet) Kararını yerine getirmezse ya da dava makamında kimse onun için kefil olmazsa (alacaklı kimse, onu) kendisiyle birlikte alıp götürsün; ya zincirle ya da ayak bağı olan köstekle (onu) bağlasın. 15'ten (ağırlıktan) az olmayan ya da isterse daha fazla ağırlıkla onu bağlasın. 4. (Borçlu) isterse kendi hesabına bir başına yaşasın. Eğer bir başına yaşamazsa (onu bağlı tutacak olan kimse) her gün için tahıl libra'ları versin; eğer isterse daha fazla versin.”

Bu durumda alacaklı, borçluyu gerektiği takdirde zorla *magistra* önüne çıkarıp (*in ius ducere*), ona *magistra* huzurunda el koyma talebinde bulunurdu¹⁴⁴. Borçlu borcunu ödemeye yanaşmaz, üçüncü bir kişi de borçluyu borçtan kurtarmak için girişimde bulunmazsa *magistra* borçluya alacaklı tarafından el konulmasına izin verebilmekteydi¹⁴⁵.

Bu halde alacaklı borçluyu evine götürüp 60 gün zincire vurabilmekteydi¹⁴⁶. Alacaklı borçluya günlük 1 libre (yarım kilo) un vermek zorundaydı¹⁴⁷. Alacaklı borçluya bir anlaşmaya varamaz ya da borçluyu üç kez pazara çıkarıp borcunu ilan etmesine karşın, kimse borçluyu borcundan kurtarmazsa borçlu üzerinde mutlak hakka sahip olabilmekte idi¹⁴⁸. Borçluyu öldürmek yahut Roma dışında (Tiber nehrinin karşı kıyısı, *trans Tiberim*) köle olarak satmak imkanına da sahip olmaktadır¹⁴⁹.

Borçlunun öldürülmesi ya da köle olarak satılması uygulaması *Lex Poetelia*¹⁵⁰ isimli kanunla kaldırılmış, bu yöntemlerin yerini alacaklıya hizmet etme,

¹⁴³ On İki Levha, III. 1-4, Sandalci, *On İki Levha*, 27-46.

¹⁴⁴ Oğuzoğlu, *Roma*, 339; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 241; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 326.

¹⁴⁵ Di Marzo, *Roma*, 103; Schwarz, *Roma*, 94; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 326; On İki Levha, 3. 5-6: “5. Bu arada yine de uzlaşma hakkı vardı ve anlaşmazlırsa borçlular altmış gün bağlı tutulurlardı. Bu zaman içinde birbirini izleyen üç pazar günü içinde toplantı meydanındaki *praetor* önüne çıkarılırlar ve ne kadar para (ödemeye) yükümlü oldukları (onlara) bildirilirdi. Üç pazar günü süresi geçtikten sonra ya ölümlü cezalandırılırlar ya da Tiber Nehri'nin ötesinde, kent dışında (*peregre*), satışa çıkarılırlardı. 6. Üçüncü pazar gününde parçalara ayırınılar, eğer (gereğinden) fazla ya da az ayırmışlarsa, ceza görmesinler.” Sandalci, *On İki Levha*, 47.

¹⁴⁶ Bu zincir en çok 15 libre (takriben 7,5 kilo) ağırlığında olabilirdi. Schwarz, *Roma*, 94; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 327; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 241.

¹⁴⁷ Schwarz, *Roma*, 94; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 327.

¹⁴⁸ Schwarz, *Roma*, 94; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 241; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 327.

¹⁴⁹ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 327; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 241. *Lex Poetelia*'dan sonra ise bu durumdan doğan sonuç hapis cezasına çevrilmiştir. Di Marzo, *Roma*, 103.

¹⁵⁰ *Lex Poetelia Papiria*. Aciz halindeki borçluların durumlarını, ilk defa olarak düzelten kanundur. Haksız fiilden borçlu olmamaları şartı ile, bu kimselerin zincire vurulmalarını yasaklamış, ayrıca *nexum* dolayısıyla ortaya çıkan *manus iniectio*'yu (el koyma) kaldırmıştır. Umur, *Lugat*, 122.

ilerleyen süreçte de bir süre alacaklıya hizmet etmek suretiyle borçtan kurtulma yöntemi almıştır¹⁵¹.

III. LEGIS ACTIO'LARDA DAVA EHLİYETİ

Yukarıda açıklandığı üzere Roma hukukunda hak ehliyeti ve hukuki işlem ehliyeti kavramları günümüzden farklı düzenlenmiştir. Kavramlar belirli noktalarda karmaşıklaşmış; örneğin hak ehliyeti olmayan birinin hukuki işlem ehliyetine sahip olabileceği kabul edilmiştir¹⁵². Bir aile evladı kendisine *peculium* verilmiş olsa da olmasa da; eğer hukukî işlem yapabilmek için gereken koşulları taşıyorsa geçerli olarak hukukî işlemler yapabilmekte, bu işlemlerden dolayı borç altına girebilmekteydi. Hak ehliyeti olmayan köleler de hukukî işlemler için gereken koşulları taşıyorlarsa geçerli olarak hukukî işlemler yapabilmekteydiler. Hak ehliyetine sahip olmamaları yapmış oldukları hukukî işlemlerin geçerliliğini etkilememekteydi. Bu nedenle hukuki işlem yapabilmek için gereken koşulları taşıyan kölelerin ve aile evlatlarının tam hukuki işlem ehliyetlerinin olduğu söylenebilir¹⁵³.

Dava ehliyeti bakımından ise Roma hukuku ile günümüz hukuk kurallarının benzerlik taşıdığı söylenebilecektir. Hukukumuzda fiil ehliyetine sahip kimselerin dava ehliyetine de sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁴. Roma hukukunda da tam hukuki işlem ehliyetine sahip kimselerin dava ehliyetine de sahip olduğu, sınırlı hukuki işlem ehliyeti bulunanların ise dava ehliyetlerinin de sınırlı olduğunun kabul edildiği söylenebilecektir¹⁵⁵.

Dava ehliyeti, bir davayı yürütebilmek ve gerekli usuli işlemleri yapabilmek olarak tanımlanmıştır¹⁵⁶. Yani dava ehliyetinin iki kısımdan oluştuğu söylenebilecektir. Buna göre, dava ehliyetini haiz bir kimse davada taraf olabilecek ve davanın takibi için gerekli usuli işlemleri bizzat yapabilecektir¹⁵⁷.

Davada taraf olabilmekten maksat ise aktif dava ehliyeti olarak nitelendirdiğimiz davacı olmak, pasif dava ehliyeti olarak ifade ettiğimiz davalı olmaktır.

¹⁵¹ Schwarz, *Roma*, 95; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 328.

¹⁵² Baba egemenliğinde bulunmakla birlikte aile evlatları hukuki işlem yapabilmekteydi. Karadeniz Çelebican, *Roma*, 171; Cansu Atıcı, *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 57.

¹⁵³ B. Yiğit Sayın, *Roma'da Köle ve Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 439; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 158; Söğütü, *Roma*, 198; Üçer, *Roma*, 177.

¹⁵⁴ Kuru, *Usul Hukuku*, 170; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usul Hukuku*, 151; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Medeni Usul*, 116; Üstündağ, *Yargılama Hukuku*, 291; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul Hukuku*, 264; Atıcı, *Dava Ehliyeti*, 49; Atalı ve Ermenek, *Usul Hukuku*, 142-143.

¹⁵⁵ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 238.

¹⁵⁶ Kuru, *Usul Hukuku*, 170; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usul Hukuku*, 151; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Medeni Usul*, 116; Üstündağ, *Yargılama Hukuku*, 291; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul Hukuku*, 264; İsmail Ercan, *Uygulamacılar İçin Medeni Usul El Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 346; Atıcı, *Dava Ehliyeti*, 43.

¹⁵⁷ Atıcı, *Dava Ehliyeti*, 45.

Legis actio usulü kısmında da açıkladığımız üzere, *Legis actio* usulünün geçerli olduğu dönemde yargılama iki aşamadan oluşmaktaydı. Dolayısıyla davacı ve davalı sıfatları *magistra* önüne çıkmakla değil, *magistra*'nın davanın açılmasını uygun bulduğu anda kazanılmaktaydı. Bu andan itibaren hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan “*actor*¹⁵⁸”, hakkı ihlal ettiği öne sürülen kimse ise “*reus*¹⁵⁹” sıfatını kazanmaktaydı¹⁶⁰.

A. TAM DAVA EHLİYETİ OLANLAR

Roma hukukunda *Legis actio*'lar usulüne göre bir kimsenin dava ehliyetini haiz olması için tam hak ehliyetinin olması ve hukuki işlem ehliyetinin kısıtlanmamış olması gerektiği ifade edilebilecektir¹⁶¹. *Formula* usulünde aile evlâtlarına karşı dava açılabilirdi kabul edilmektedir.

Buna göre bir kimsenin Roma hukukuna göre aktif veya pasif dava ehliyeti-ne sahip olabilmesi için özgür olması gerekmektedir¹⁶². İkinci şart kişinin Roma vatandaşı olmasıydı. Yabancıların *legis actio*'da taraf olma ehliyeti bulunmamaktaydı¹⁶³. Son olarak *sui iuris* olmak, yani aile babası egemenliği altında olmamak gerekmektedir. Aile egemenliği altındakilerin dava ehliyeti bulunmamaktaydı¹⁶⁴. Bu açıklamalara ek olarak, kişinin erkek olması, 25 yaşından büyük olması, herhangi bir akıl hastalığının bulunmaması ve savurganlığı nedeniyle kısıtlanmamış olması gerekmektedir¹⁶⁵. Yani, bir kişi özgürse, Roma vatandaşı ise ve *sui iuris* ise; ayrıca erkekse, erginse, akıl hastası yahut müsrif de değilse davanın yürütülmesi için gerekli işlemleri bizzat yapabilmekteydi¹⁶⁶. Hukukumuzda da benzer şekilde fiil ehliyetine sahip olan, yani ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlanmamış kimseler dava ehliyetine sahiptirler¹⁶⁷.

Bu kısımda 14-25 yaş aralığındaki ergin küçüklerin dava ehliyetinden de söz etmek gerekmektedir. Hukuki işlem ehliyeti kısmında da söz ettiğimiz üzere

¹⁵⁸ *Agere*'den: faaliyette bulunan; *magistra* önüne gitmek için hukuken faaliyete geçen; dava ikame eden; bilhassa *litis contestatio*'dan sonra, davacı. İddialarının hukuka uygun olduğunu ispat ederek, başka bir kimseye karşı (*reus, conventus*) haklarının korunmasının temini için dava usulünü harekete geçiren taraf. Umur, *Lügat*, 17.

¹⁵⁹ Bir borç ilişkisinin aktif (*reus stipulandi*) ve pasif (*reus promittendi*) taraflarını gösteren isim. Aynı kelime eskiden, “davada taraf” manasına gelmekte idi. Sonraları davada davacıya *actor* dendiğinden, yalnız davalı tarafı ifade eden kelime oldu. Umur, *Lügat*, 188.

¹⁶⁰ Sayın, *Köle*, 421.

¹⁶¹ Küçük, *Actio*, 35.

¹⁶² Karadeniz Çelebican, *Roma*, 310.

¹⁶³ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 310.

¹⁶⁴ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 311.

¹⁶⁵ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 238.

¹⁶⁶ Küçük, *Actio*, 35.

¹⁶⁷ Kuru, *Usul Hukuku*, 170; Pekcanitez, Atalay ve Özeken, *Usul Hukuku*, 151; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Medeni Usul*, 116; Üstündağ, *Yargılama Hukuku*, 291; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, *Usul Hukuku*, 264; Atıcı, *Dava Ehliyeti*, 49.

M.Ö. 190 tarihinde *Lex Plaetoria*'nın yürürlüğe girmesine kadar olan süreçte 14-25 yaş aralığındaki baba egemenliği altında olmayan ergin küçüklerin (*puberes minores*'ler) hukuki işlem ehliyetinin var olduğu kabul edilmekteydi¹⁶⁸. Bu dönemden sonra, anılan kanunun ergin küçükleri korumaya yönelik getirdiği düzenlemelerin bu kimselerin ticari itibarlarını zedelemesi ve üçüncü kişilerin bu kişilerle hukuki işlem yapmayı tercih etmemeleri; bu kimselerin kendi talepleriyle kayyım atanması istemelerine, dolayısıyla hukuki işlemlerinin kayyımın izni veya icazetine bağlı olmasına yol açmıştır¹⁶⁹.

Bu sebeple ergin küçüklerin M.Ö. 190 yılına kadar dava ehliyetlerinin tam olduğu, bu tarihten sonra ise kendisine kayyım atananların bu ehliyetlerinin kısıtlandığı söylenebilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ergin küçüklerin dava ehliyetinin bu kanunla kısıtlanmadığı, aksine bu kanunla ergin küçükler *actio legis plaetoriae*¹⁷⁰ davası açma ve *restitutio in integrum* (eski hale iade) imkanı tanındığı, dava ehliyetinin ergin küçüğün talebiyle kayyım (*curator*) atanması üzerine kısıtlandığıdır¹⁷¹. Bu usule, *cura minorum* ismi verilmekteydi¹⁷². Bu manada, kayyımın *puberes minores*'e verdiği rıza bir *consensus*¹⁷³ teşkil etmektedir¹⁷⁴. Bu rıza, hukuki işlemin yapılmasından önce veya sonra verilebilir. Bu da işlemin, izin veya icazet şeklinde ikili bir adlandırmaya tabi tutulmasına sebep olur¹⁷⁵.

B. SINIRLI DAVA EHLİYETİ OLANLAR

1. 7-14 Yaşındakiler

7-14 yaş aralığındaki çocukluk yaşını geçmiş ve baba egemenliğinde bulunmayan kimselerin sınırlı hukuki işlem ehliyetine sahip olduklarını ifade etmiş-tik¹⁷⁶. Bu kişiler kazandırıcı işlemleri yapabilmekte, borçlandırıcı işlemleri ise vasilerinin (*tutor*) yardımıyla, vasinin *auctoritas*'ı katılımı yahut izni ile yapabilmekteydiler¹⁷⁷.

¹⁶⁸ Atıcı, *Dava Ehliyeti*, 59; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 208; Söğütü, *Roma*, 267.

¹⁶⁹ Küçük, *Actio*, 361; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 312.

¹⁷⁰ 25 yaşından küçük baliğin yaptığı bir hukuki işlemi, *Lex Plaetoria*'ya dayanarak feshetmek için açtığı *praetor* davasıdır. Umur, *Lügat*, 9.

¹⁷¹ Halil İbrahim Yüksel, *Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 98. Ayrıca M.S. 300'den itibaren 25 yaşından küçüklerin, küçüğe yükümlülük getiren işlemleri için kayyımın izni geçerlilik koşuluuydu.

¹⁷² Karadeniz Çelebican, *Roma*, 210; James Muirhead, Henry Goudy ve Alexander Grant, *Historical Introduction to the Private Law of Rome* (London: A & C Black, Ltd., 1916), 315.

¹⁷³ Tarafların iradelerinin mutabık olarak birleşmesi. Karşılıklı rıza. Umur, *Lügat*, 46.

¹⁷⁴ Berger, *Roman Law*, 421.

¹⁷⁵ Yüksel, *Roma Hukuku*, 99.

¹⁷⁶ Bkz. yuk. 7.

¹⁷⁷ Roma hukukunda vasinin *auctoritas*'ı, vasinin küçüğün hukukî işlemine izin veya icazet vermesi anlamına gelmeyip işlem sırasında hazır bulunması ve küçüğe yardım etmesi anlamını taşımaktadır. Küçük için hak kaybına yol açan işlemde vasi bizzat bulunmamişsa hukukî işleme sonradan icazet vermesi hukukî işlemin geçerli olması sonucunu doğurmazdı. Bu yönde bkz. Umur, *Roma*,

Impubes, bu işlemlere bağlı olarak bir hak iddiasında bulunduğu, vasisinin *auctoritas*'ını alarak dava yolu ile bunu ileri sürebilmekteydi¹⁷⁸. Ancak *impubes*'e karşı hak iddiası nedeniyle vasisinin *auctoritas*'ı olmaksızın dava açılmamaktaydı¹⁷⁹. Çünkü vasisinin *auctoritas*'ı olmaksızın borçlandırıcı işlem¹⁸⁰ geçerli olmamakta, geçerli bir borç ilişkisi olmadığından da bu borç dava edilememekteydi. Hal böyle olunca da *impubes*'in kendi edimini yerine getirmemesine karşın edim karşılığını talep etmesi söz konusu olabilmekteydi. Bu durumun yarattığı problemlerin engellenmesi için *impubes*'in dava açma ehliyeti kısıtlanmış ve kendi edimini ifa etmeden karşı edimin ifası için dava açması engellenmiştir¹⁸¹.

Yine *impubes*'in dava açabilmesi ve aleyhine açılan davayı yürütebilmesi vasisinin *auctoritas*'ına (*auctoritatis interpositio*) bağlanmıştır¹⁸². Bu sebeple bu kimselerin sınırlı dava ehliyetine sahip oldukları söylenebilecektir¹⁸³. Özetle, *impubes*'in dava ehliyetinin vasisinin *auctoritas*'ı ve kendi edimini ifa halleriyle sınırlandırıldığı ifade edilebilecektir.

Bu noktada, hukuki işlem ehliyeti ile haksız fiil ehliyeti arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir. Bu manada, Roma hukukunun geçirmiş olduğu aşamalara paralel olarak ortaya çıkan kurala göre, *impubes* eğer kusurunu idrak edebilecek durumda ise (yani *dolus* ve *culpa*'ya ehil ise) haksız fiillerinden sorumlu olacaktır¹⁸⁴.

2. 14-25 Yaşındakiler

Lex Plaetoria'dan önce 14-25 yaş aralığındaki ergin küçüklerin (*puberes minores*) hukuki işlem ve dava ehliyeti bulunduğunu, bu Kanun'dan sonra zamanla dava ehliyetinin kısıtlandığını ifade etmiştik. Kanun sonrasında *actio legis plaetoriae*¹⁸⁵ açma ve *restitutio in integrum* (eski hale iade) talebinde bulunma hakkını yitirmemek ve böylece ticari itibarını kazanmak isteyen ergin küçükler kayyım (*curator*) tayini talebinde bulunmuşlardır¹⁸⁶. Bu durumda bulunan gençler¹⁸⁷, bah-

1984, 451; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 159 vd.; Söğütü, *Roma*, 253. Dolayısıyla Karadeniz-Çelebican ve Tahiroğlu ve Erdoğan'un eserlerinde de geçen vasisinin "katılımı veya izni" ifadesi tartışmaya açıktır.

¹⁷⁸ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 312.

¹⁷⁹ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 312.

¹⁸⁰ Bu gibi iki taraflı hukuki işlemlere "*negotium claudicans*", yani "sakat (veya topal) işlem" adı verilmekteydi. Çünkü işlemin, yani sözleşmenin bir tarafı sağlam, diğer tarafı ise değildi (D. 19, 1, 13, 29 (*Ulpianus 32 ad ed.*)). Umur, *Lügat*, 140.

¹⁸¹ Schwarz, *Roma*, 269.

¹⁸² Schwarz, *Roma*, 268; Umur, *Roma*, 541.

¹⁸³ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 312.

¹⁸⁴ Schwarz, *Roma*, 269.

¹⁸⁵ Koschaker ve Ayiter, bu davayı bir ceza davası olarak nitelendirmektedir, Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 91.

¹⁸⁶ Koschaker ve Ayiter, *Roma*, 91.

¹⁸⁷ Bu gençler, "hileli hareketlerle aldatılmış olan kişi" anlamına gelen, Latince "*circumscriptus*" tabiriyle adlandırılmaktaydı. Umur, *Lügat*, 36.

si geçen kanun hükmüne göre kendisine zarar vermiş olan kimseyi bir haksız fiil davası ile takip edebilmekteydi¹⁸⁸.

Kendilerine kayyım atanması üzerine bu kimselerin hukuki işlem ehliyeti ve dava ehliyeti kısıtlanmıştır. Ergin küçüklerin kayyım atanmak suretiyle kısıtlanmalarından sonra dava açabilme ve kendileri aleyhine açılmış bir davayı yürütebilmeleri ancak kayyımlarının izni veya icazeti ile mümkün olmuştur¹⁸⁹. Böylece Roma Hukuku tarihinin son kertesinde fiil ehliyeti, kural olarak baliğ olmakla iktisap edilmekte, fakat gerçek anlamda 25 yaşında tam olarak kazanılmakta ve hüküm ifade etmekteydi.

3. Müsrifler (*Prodigus*)

Hukuki işlem ehliyeti kısmında yer verdiğimiz üzere, *sui iuris* bir kimse harcamalarında savurgan olur ve ailesinin ekonomik durumunun bozulmasına sebebiyet verirse kısıtlanabilmekteydi. Bu durumda bu kimselere bir kayyım atanmakta, kişi kazandırıcı işlemleri kendi başına ve fakat borçlandırıcı işlemleri kayyımın izni ile yapabilmekteydi¹⁹⁰.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, müsriflerin mal varlığını ilgilendiren konularda hukuki işlem ehliyetlerinin kısıtlanmasıdır¹⁹¹. Dava ehliyetinin hukuki işlem ehliyeti ile paralel olduğunu ifade etmiştik. Dolayısıyla müsrif bir kimsenin mameleki ile ilgili konularda dava açma ehliyeti sınırlandırılmış, bu kişilerin kayyımlarının izni ile dava açabileceği yahut aleyhine açılmış davayı yürütebileceği kabul edilmiştir¹⁹².

Şahısvarlığına ilişkin konular bakımından ise bu kişilerin dava ehliyetinin olduğu ifade edilebilecektir.

C. DAVA EHLİYETİ OLMAYANLAR

1. Köleler

Roma hukukunda dava ehliyetine sahip olmanın ilk şartının özgür olmak olduğunu ifade etmiştik. Dolayısıyla kölelerin dava ehliyetinin bulunmadığı noktasında kuşku bulunmamaktadır¹⁹³. Zira, kölenin davada taraf olamayacağı o kadar açıktı ki, özgür olduğunu iddia eden köle veya köle olduğu iddia edilen özgür bir şahıs bile, özgür olup olmadığına karar verilecek olan davada taraf olamamaktaydı. Onun yerine başka bir şahıs (*adsertor libertatis*¹⁹⁴) bulunmaktaydı¹⁹⁵.

¹⁸⁸ Schwarz, *Roma*, 269.

¹⁸⁹ Schwarz, *Roma*, 269.

¹⁹⁰ Söğütlü, *Roma*, 270.

¹⁹¹ Söğütlü, *Roma*, 270.

¹⁹² Küçük, *Actio*, 361; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 312.

¹⁹³ Üçer ve Meriç, "Roma Hukukunda ve Medenî Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (*Litis Contestatio*'dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu)", 15; Sayın, *Köle*, 421.

¹⁹⁴ Bir kimsenin özgür veya köle olup olmadığını tespit edecek olan hürriyet durumu davasında, köle olduğu söylenen kimsenin, gerçekte özgür bir şahıs olduğunu iddia eden taraf, bkz. Umur, *Lugat*, 19.

¹⁹⁵ Umur, *Roma*, 541.

“*Servus conveniri vel convenire non potest*¹⁹⁶.”

“Köle, davacı veya davalı olamaz.”

Bu başlığa yer vermemizin sebebi, bazı hallerde kölelere hukuki işlemlerde bulunma yetkisi verilmesidir. Bu halde köle, efendisi (*dominus*) lehine hukuki işlemlerde bulunabilmekteydi. Zira köle, bu gibi hallerde insan olmaya devam etmekteydi. Bu hukuki işlemler neticesinde kazanılan haklar efendiye ait olmaktadır¹⁹⁷, kölenin borçlarından ise kölenin efendisinin bir sorumluluğu bulunmamaktaydı. Dolayısıyla, kazanılan haklar bakımından bir dava açılacaksa bunu kölenin efendisi açacak ve fakat borçlar nedeniyle kendisine dava açılmayacaktır. Yani köle dava ehliyetini haiz olamayacaktır¹⁹⁸.

2. Aile Evlatları (*Filius familias*)

Aile evlatları bakımından da kölelere ilişkin olarak yapılan açıklamaları tekrarlamak, yani bu kimselerin dava ehliyetini haiz olmadıklarını söylemek mümkündür¹⁹⁹. Burada ek olarak ifade etmemiz gereken husus; eğer aile babası tarafından aile evladına bir *peculium* verilmiş ise aile babasının bu *peculium* tutarınca, aile evladının yaptığı hukuki işlemde doğan borçtan sorumluluğu bulunduğundan, bu borç dolayısı ile aile babası aleyhine dava açılabilir²⁰⁰.

3. Yabancılar

Roma hukukunda yabancı kavramı ile genel anlamda; Roma’da yaşamakla beraber Roma vatandaşlığı bulunmayan kimseler ile Roma dışında yaşayan kimseler ifade edilmiştir²⁰¹. Roma’nın sınırlarının genişlemesine bağlı olarak farklı uygarlıklarla etkileşimlerin artması ve ticaret hareketleri nedeniyle yabancılar bir takım hukuki işlemlerde bulunma yetkileri tanınmıştır²⁰².

¹⁹⁶ D. 2, 11, 13 (*Julianus 55 ad dig.*) Eğer ağır surette bir yaralanma durumu oluşursa, bu haksız fiil efendisine karşı işlenmiş addedilir ve bu itibarla da yalnız efendisi dava açabilirdi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gai. Ins. III, 222, Iustinianus, *Institutiones*, 308; Scott, *The Civil Law*, 183) Di Marzo, *Roma*, 34.

¹⁹⁷ Inst. I, 8, 1 (Gai. Ins. I, 52): “*Quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.*” (Köle vasıtasıyla kazanılan her şey, efendi için kazanılmış olur.), Iustinianus, *Institutiones*, 30; Scott, *The Civil Law*, 85; Honig, *Roma*, 132.

¹⁹⁸ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 238. Kölelerin borçları için *praetor* tarafından *formula* usulünde efendiye karşı dava açma olanağı tanınmaktaydı.

¹⁹⁹ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 238; Atıcı, *Dava Ehliyeti*, 58. Bununla birlikte, aile evlatlarına karşı *formula* usulünde dava açılabilirdi.

²⁰⁰ Özer Sarıtaş, *Roma*, 50; Karadeniz Çelebican, *Roma*, 171. Bu gelişme *formula* usulü döneminde gerçekleşmiştir. Aile evladına sadece *peculium* verilmesi durumunda değil; aile babası tarafından aile evladının hukukî işlem yapmasına izin veya icazet verilmesi, aile evladının yaptığı hukukî işlemin aile babasının malvarlığında artışa yol açması, aile evladının aile babası tarafından gemisine kaptan olarak atanması veya ticarî işletmesinin başına geçirilmesi gibi durumlarda da aile babasına karşı ek dava açılabilirdi.

²⁰¹ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 151.

²⁰² Karadeniz Çelebican, *Roma*, 152.

Bu durumun bir sonucu olarak, hukuki işlemlerle ilgili olarak karşılaşılan problemlerin çözülmesi adına formula usulü ile yabancılara dava ehliyeti tanınmıştır²⁰³. M.Ö. 242 yılında kurulan *praetor peregrinus* makamı ile yabancılardan kendi aralarındaki yahut Romalılar ile yabancılardan arasındaki hukuki uyuşmazlıkların çözülmesi amaçlanmıştır²⁰⁴. Dolayısıyla formula usulünde yabancılardan dava ehliyetini haiz oldukları söylenebilecektir.

Ancak unutulmaması gereken husus, her ne kadar anılan dönem *legis actio* usulünün kullanıldığı dönem olsa da yabancılardan Roma usul hukukundan faydalanma imkanları yoktu. Bu sebeple *legis actio*'larda, Latinler de dahil olmak üzere, yabancılardan dava ehliyetleri bulunmamaktaydı²⁰⁵.

4. Yedi Yaşından Küçükler

Yedi yaşından küçüklerin hukuki işlem ehliyetlerinin bulunmadığını ifade etmiştik. Bu kimselerin hukuki işlem ehliyeti gibi dava ehliyetleri de bulunmamaktaydı²⁰⁶. Yedi yaşından küçükler hukuki işlemlerden yahut haksız fiillerinden sorumlu tutulmuyorlardı. Bu kişilere atanan vasiler, küçüğün hakkının savunulmasını sağlamak üzere dava açabilmekte ya da davalı olabilmekteydiler²⁰⁷. Ancak burada taraf sıfatı küçüğe ait değildi. Vasi, davada taraf olarak yer almaktaydı, davacı veya davalı sıfatını doğrudan vasi taşımaktaydı²⁰⁸.

5. Akıl Hastaları (*Furiosus*)

Roma hukukunda akıl hastalarının dava ehliyetinin bulunmadığı hususu açıktır²⁰⁹. Bir hak iddiasında bulunmak gerektiği ya da bu kimselere karşı yöneltilmiş bir hak iddiası mevcut olduğunda, bu kimselere atanmış kayyımlarla bu kimselerin temsili söz konusu olmaktadır²¹⁰.

Ancak hukuki işlem ehliyeti kısmında da açıklandığı üzere, geçici süreli hastalık mevcut ise ya da dava anı itibarıyla kişi ayırt etme gücünü haiz ise, kanaatimizce dava ehliyetini de haiz olacaktır²¹¹. Zaten geçici olarak ayırt etme gücünü yitiren kişilere kayyım atanması da söz konusu olmadığından, bu kişiler bilinçlerini kazandıklarında dava ehliyetleri de mevcut olacaktır.

²⁰³ Söğütü, *Roma*, 184.

²⁰⁴ Söğütü, *Roma*, 184.

²⁰⁵ Umur, *Roma*, 541; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 238; Söğütü, *Roma*, 184. Bilgi bu yönde olmakla birlikte, bu husus doktrinde tartışmalıdır; Kaser ve Hackl, *Das römische*, 61.

²⁰⁶ Atıcı, *Dava Ehliyeti*, 59.

²⁰⁷ Küçük, *Actio*, 36.

²⁰⁸ Atıcı, *Dava Ehliyeti*, 59; Küçük, *Actio*, 36.

²⁰⁹ Üçer ve Meriç, "Roma Hukukunda ve Medenî Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (*Litis Contestatio*'dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu)", 15.

²¹⁰ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 212-312; Küçük, *Actio*, 36.

²¹¹ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 212.

6. Kadınlar

Kadınlara zamanla hukuki işlem ehliyeti verilmiş²¹², M.S. 50'den itibaren tamamen ehliyetli duruma gelmişlerse de bu dönem öncesinde kadınların hukuki işlem ehliyeti bulunmamaktaydı²¹³. Kadınlar tıpkı 7-14 yaş aralığındaki çocuklar ve müsrifler gibi kazandırıcı işlemleri tek başlarına yapabiliyorlar, borçlandırıcı işlemleri ise vasilerinin *auctoritas*'i ile gerçekleştirebiliyorlardı. Dolayısıyla, hukuki işlem ehliyetlerinin sınırlı olduğu bu dönemde dava ehliyetleri mevcut değildi²¹⁴. Dava açmak yahut aleyhine açılan davayı yürütmek vasinin *auctoritas*'ına bağlıydı²¹⁵. Kadınlara dava açma konusunda tek bir istisna tanınmıştı. O da *iniuria*, yani kişiliğe karşı işlenen haksız fiiller durumunda ortaya çıkmaktaydı²¹⁶. Bu haksız fiil, kadının hakimiyeti altında olduğu erkeğe karşı da işlenmiş sayılacağından; hem hakimiyet sahibi olan erkek hem de haksız fiile maruz kalan kadın tarafından dava açılabilirdi²¹⁷.

D. DAVADA TEMSİL DURUMU

Legis actio'da tarafların davaya katılımı önemli bir husustu. Önceki bölümlerde ifade ettiğimiz üzere davalı gerekirse zorla *magistra* önüne çıkarılmakta, yine özel yargıç önündeki aşamada tarafların davaya katılmaması davayı kaybetmelerine yol açmaktaydı²¹⁸.

Legis actio'lar usulünde kural olarak davada taraflar bizzat bulunmak ve davalarını takip etmek zorundaydılar²¹⁹. Dava sırasında kendilerini temsil ettiremezlerdi. Gerekli olan sözleri ve şekilleri bizzat söyleyip yapmak zorundaydılar²²⁰. Ancak bu kural dava ehliyetini haiz kişiler bakımındandı. Dava ehliyeti bulunmayan kimseler vasileri yahut kayyımları tarafından davada temsil edilmekte, sınırlı dava ehliyetine sahip kimseler ise vasi ve kayyımları veya onların izni doğrultusunda bizzat davaya katılabilmekteydiler²²¹.

²¹² Gönenç, *Roma*, 28.

²¹³ Üçer ve Meriç, "Roma Hukukunda ve Medenî Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (*Litis Contestatio*'dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu)", 15.

²¹⁴ Umur, *Roma*, 541; Özer Sarıtaş, *Roma*, 91; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 238; Atıcı, *Dava Ehliyeti*, 58; Aksaray, *Roma*, 29.

²¹⁵ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 312.

²¹⁶ Aksaray, *Roma*, 30. *Iniuria*'nın kapsamının genişleyip, kişiliğe karşı işlenen haksız fiilleri de içermesi yaklaşık olarak Klâsik Hukuk Dönemi'nin (M.Ö. 27- M.S. 250) başlarına tarihlenmektedir. Bu nedenle, kadınlar için tanınan bu istisnanın esasen *legis actio*'lar döneminde değil, *formula* usulü döneminde gerçekleşmiş olma olasılığı yüksektir, Max Kaser, *Das Römische Privatrecht* (2. Aufl. München: Beck, 1971), 623.

²¹⁷ Haluk Emiroğlu, *Roma Hukukunda Kadının Durumu*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2003), 53; Aksaray, *Roma*, 30.

²¹⁸ Karadeniz Çelebican, *Roma*, 312.

²¹⁹ Umur, *Roma*, 541; Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 238; Küçük, *Actio*, 36.

²²⁰ "Nemo pro alieno agere potest." (Hiç kimse başkası lehine dava yürütemez.), bkz. Umur, *Roma*, 541.

²²¹ Tahiroğlu ve Erdoğan, *Roma*, 238; Küçük, *Actio*, 37.

Bu kişilerin dışında *magistra* olarak görev yapanlar ile savaştaki askerler başkaları tarafından temsil edilebilirlerdi²²². Özgürlük iddiasında bulunan kişilerin ise özgür bir kişi tarafından temsil edilmesi gerekmektedir²²³. Bu bağlamda, eski dönemlerde yalnızca halk (*populus*) için, özgürlük (*libertatis*) için, vesayet sebebiyle (*pro tutela*) ve bir de devlet hizmeti veya askerlik sebebiyle uzakta bulunan bir kimsenin malı çalınmışsa; hırsız aleyhine, bizzat davacıdan başkası, onun yerine davada taraf olabilmekteydi²²⁴.

Pro populo (*populus* için) davayı, Roma halkına bir para cezası borcu olan veya bir kamu malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı herhangi bir vatandaş açabilmekte idi. *Libertas* sebebiyle davayı açan, bizzat davayla ilgili kimse değil, onun yerine başkası (*adsertor libertatis*) idi. Henüz mümeyyiz olmayan küçüğün vasisi davayı onun yerine açmaktaydı. Bütün bu hallerde, taraf olan şahısla, namına hareket edilen şahıs arasında esaslı bir fark olmadığı görülmektedir. Nihayetinde, dördüncü istisnai hale gelecek olursak, bu hal örf ve adetlerle değil, bir kanunla (*lex Hortensia*) ihdas olunmuştur. Bu kanuna göre, savaş esirliği veya devlet hizmeti sebebiyle uzakta bulunan kimsenin veyahut vesayet altındaki küçüğün malını çalan hırsıza karşı, herhangi bir Roma vatandaşı dava açabilmekteydi²²⁵.

SONUÇ

Legis actio usulü, Krallık Dönemi'nin ortalarından M.Ö. 17 yılında çıkarılmış iki *lex Iulia* ile kaldırılincaya değin var olmuş, ancak yaklaşık olarak M.Ö. 3. yüzyıldan itibaren *formula* usulünün uygulanmaya başlaması ile kullanımı azalmıştır. Bu usulde, yargılama iki aşamadan oluşmaktaydı. Bunlar, “*in iure*” olarak adlandırılan *magistra* önündeki aşama ve *magistra*'nın dava imkanı verdiği ve taraflarca belirlenen özel yargıcın yargılamayı yaptığı “*apud iudicem*”, yani yargıç önündeki aşamadır. İcra aşaması ise, *magistra* önünde ikrar ya da susma suretiyle yahut özel yargıç önünde mahkum edilmekle ortaya çıkan kararın icrasına ilişkin aşamadır.

Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleri neticesinde borç altına girebilmesi ve haklar kazanabilmesidir. Fiil ehliyetini haiz kimseler hukuki işlem yapabilmekte ve hukuka aykırı fiillerinden sorumlu olmaktadırlar. Hukuki işlem ehliyeti ise fiil ehliyetinin bir kısmını oluşturmakta olup, kişinin geçerli biçimde hukuki işlem yapabilmesi olarak ifade edilebilecektir.

Legis actio'larda dava ehliyetine sahip olmak için günümüz hukuku ile benzer şartların sağlanması gerektiği ifade edilebilecektir. Dolayısı ile kişi hak eh-

²²² Küçük, *Actio*, 37.

²²³ Küçük, *Actio*, 37.

²²⁴ Umur, *Roma*, 542.

²²⁵ Umur, *Roma*, 542.

liyetine sahip ise ve kısıtlayıcı durumlar da mevcut değilse, yani hukuki işlem ehliyetini haiz ise dava ehliyetine de sahip olacaktır. Dava ehliyeti, bir davayı yürütebilmek ve gerekli usuli işlemleri yapabilmek olarak tanımlanmıştır. Yani dava ehliyetinin iki kısımdan oluştuğu söylenebilecektir. Buna göre, dava ehliyetini haiz bir kimse davada taraf olabilecek ve davanın takibi için gerekli usuli işlemleri bizzat yapabilecektir.

Kişi özgür, Roma vatandaşı ve aile babası egemenliği altında değil; 25 yaşından büyük ve erkek olup, müsrif ve akıl hastası değilse, Roma hukuku bakımından tam dava ehliyetini haiz olacaktır. Öte yandan, kişi özgür ve Roma vatandaşı olmakla birlikte müsrif ve 25 yaşından küçük ise sınırlı dava ehliyetini haiz olacak, bizzat bazı hallerde ise kayyım veya vasi aracılığı ile davasını takip edebilecektir. Son olarak, kişi özgür ve Roma vatandaşı olmakla birlikte kadınsa, akıl hastası ise, aile egemenliği altında ise veya köle yahut yabancı ise de dava ehliyetini haiz olamayacaktır.

Davada taraflar bizzat bulunmak ve davalarını takip etmek zorundaydılar. Ancak bu kural dava ehliyetini haiz kişiler bakımındandı. Dava ehliyeti bulunmayan kimseler vasileri yahut kayyımları tarafından davada temsil edilmekte, sınırlı dava ehliyetine sahip kimseler ise vasinin *auctoritas*'ı veya kayyımın izni doğrultusunda bizzat davaya katılabilmekteydiler.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin. *Roma Hukuku Dersleri*. Konya: Sayram Yayınları, 2022.
- Akıpek, Jale G., Akıntürk, Turgut, Ateş Karaman, Derya. *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. 1*. İstanbul: Beta, 2022.
- Aksaray, Buse. *Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Alangoya, H. Yavuz, Yıldırım, M. Kamil ve Deren-Yıldırım, Nevhis. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta Basım, 2011.
- Antalya, Gökhan ve Topuz, Murat. *Medeni Hukuk C: 1*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Atak, Ali Selkor. *Roma Hukukunda Tüketim Ödüncü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Atalı, Murat ve Ermenek, İbrahim. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Atıcı, Cansu. *Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Berger, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: American Philological Society, 1953.
- Di Marzo, Salvatore, (Çev. Ziya Umut). *Roma Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Diosdi, György. *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1970.
- Emiroğlu, Haluk. *Roma Hukukunda Kadının Durumu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2003.
- Ercan, İsmail. *Uygulamalar İçin Medeni Usul El Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Erdoğan, Belgin. *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Erkan, V. Umut ve Yücer, İpek. "Ayırt Etme Gücü". *AÜHF* 60, S. 3 (2011), 493.
- Gönenç, Fulya İlçin. *Roma Hukukunda Kadın*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Honig, Richard. *Roma Hukuku, (Çev. Şemseddin Talip)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 72, 1938.
- Iustinianus. *Institutiones* (Türkçe metin: Ziya Umut). İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968.
- Karadeniz Çelebican, Özcan. *Roma Hukuku: Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Karakocalı, Ahmet. *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus)*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Kaser, Max ve Hackl, Karl. *Das römische Zivilprozessrecht*. 2. Aufl. München: Beck, 1996.
- Kaser, Max. *Das Römische Privatrecht*. 2. Aufl. München: Beck, 1971.
- Kayihan, Şaban ve Ünlütepe, Mustafa. *Medeni Hukuk Bilgisi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Kelly, J. M. *Roman Litigation*. Oxford: The Clarendon Press, 1966.
- Koschaker, Paul ve Ayiter, Kudret. *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*. Ankara: Olguç Matbaası, 1983.

- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2016.
- Küçük, Eşref. *Actio Popularis*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Kütükçü, Doğan. *Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Muirhead, James, Goudy, Henry ve Grant, Alexander. *Historical Introduction to the Private Law of Rome*. London: A. & C. Black, Ltd., 1916.
- Oğuzoğlu, H. Cahit. *Roma Hukuku*. Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1959.
- Özer Sarıtaş, Duygu. *Roma Borçlar Hukuku Genel hükümler Ders Notları*. Bursa: Dora Yayıncılık, 2018.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Sandalcı, Sema. *On İki Levha Yasaları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Eskiçağ Dilleri ve Kültürleri Bölümü Latin Dili ve Edebiyatı Anabilim Dalı, 1993.
- Sayın, B. Yiğit. *Roma'da Köle ve Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Schwarz, Andreas B., (Çev. Türkan Rado). *Roma Hukuku Dersleri*. İstanbul: Doğan Kardeş Matbaacılık A.Ş. Basımevi, 1963.
- Scott, S.P. *The Civil Law, Including the Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian and the Constitutions of Leo, vol. III, vol. V, vol. XIV*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.
- Söğütlü, Özlem. *Roma Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Sungurtekin Özkan, Meral ve Türkoğlu Özdemir, Gökçe. *Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.
- Sütken, Elvan. "Roma Aile Hukukunda Patria Potestas". *And Hukuk Dergisi* 5, S. 1 (Ocak 2019): 67-100.
- Tahiroğlu, Bülent ve Erdoğan, Belgin. *Roma Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lügati*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983 (Lügat).
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Hima-yesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1984 (Roma).
- Üçer, Mehmet ve Meriç, Nedim. "Roma Hukukunda ve Medenî Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (Litis Contestatio'dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu)". *Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Dergisi* 8, S. 22 (2012): 3-66.
- Üçer, Mehmet. *Roma Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku C: I-II*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- Ventura, Mişon. *Roma Hukuku (Birinci Cilt)*. İstanbul: Ahmet İhsan Matbaası Ltd., 1934.
- Wenger, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure* (Trans. by Otis Harrison Fisk). New York: Veritas Press, 1940.
- Yılmaz, Süleyman ve Yıldırım, Abdülkerim. *Medeni Hukuk - I*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Yüksel, Halil İbrahim. *Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.

TOPLU İŞ İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN İŞYERİNİN SINIRLARININ BELİRLENMESİNİN ÖNEMLİ YANSIMALARI^(*)

Arş. Gör. **Mehmet Şükrü YILDIZ^(**)**

Öz

İşyeri kavramı, iş ilişkisi bakımından işveren ve işçi kavramının yanında yer alan önemli bir bağlama noktasıdır. Öyle ki 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ilk fıkrasında işçi ve işveren kavramı tanımlanmış; hemen devamında ise işyeri kavramının tanımına yer verilmiştir. 6356 sayılı Kanun bakımından ise özel bir işyeri tanımına yer verilmemiş; 4857 sayılı Kanun'da yer alan işyeri tanımının 6356 sayılı Kanun açısından da geçerli olacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu konuda kavram birliği sağlanmaya çalışılsa da işyeri kavramının toplu iş ilişkileri bakımından ayrıca incelenmesi önemlidir. Zira işyeri kavramı, bireysel iş ilişkisi bakımından taşıdığı önemin ötesinde, toplu iş ilişkileri bakımından çeşitli noktalarda doğrudan ya da dolaylı etkiyi haizdir. Bu bakımdan çalışmamızda ilk olarak işyeri kavramının tanımlanmaya çalışılacaktır. İşyeri-işletme ayrımı, toplu iş ilişkileri bakımından işletme kavramına özel anlam yüklediği için ayrıca irdelenmesi gereken bir ayrımdır. Bu noktada çalışmamızda 6356 sayılı Kanun bakımından toplu iş sözleşmesi türü olarak özel bir anlam yüklenen ve işyerinin sınırlarının belirlenmesinin sonuçları açısından önem taşıyacak olan işletme kavramı da ele alınmaya çalışılacaktır. İşyerinin sınırlarının belirlenmesi bakımından önemli olan ve yargı kararlarında da sıkça tartışma konusu olmaya devam eden durum, bir yerin bağlı yer mi farklı bir işyeri mi olduğu hususudur. Bir yerin işyerine bağlı yer ya da ayrı işyeri olduğunun yorumlanması; sendikal örgütlenme, işkolu, toplu iş sözleşmesi türü, toplu iş sözleşmesi yetkisi ve toplu iş sözleşmesinin kapsamı gibi birçok noktada önem arz etmektedir. Çalışmamızın temel amacı da bağlı yer sayılmaya ilişkin ölçütlerin yargı kararlarında ne şekilde uygulandığı belirtilerek işyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesinin toplu iş ilişkileri açısından ne denli önemli olduğunun ortaya koyulabilmesidir.

Anahtar Kelimeler

İşyeri, İşletme, Bağlı Yer, İşkolu, Sendikal Örgütlenme, Toplu İş Sözleşmesi Türleri, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi.

IMPORTANT IMPLICATIONS OF THE DETERMINATION OF THE BOUNDARIES OF THE WORKPLACE IN COLLECTIVE LABOUR RELATIONS

Abstract

The concept of workplace is an important anchor point in the labor relationship, next to the concepts of employer and employee. In fact, in the first paragraph of Article 2 of the Law No. 4857, the concept of employee and employer is defined, and the definition of the concept of workplace is given immediately afterwards. Law No. 6356, on the other hand, does not include a special definition of workplace, and it is regulated that the definition of workplace in Law No. 4857 shall also be valid for Law No. 6356. Although there is an attempt to achieve conceptual unity on this issue, it is important to examine the concept of workplace separately in terms of collective labor relations. This is because the concept of workplace, beyond its importance in terms of individual labor relations, has a direct or indirect impact on collective labor relations at various points. In this respect, the study will first try to explain the definition of the concept

^(*) Makalenin Dergiye Gönderiliş Tarihi: 06.11.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 27.11.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1386914.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / Eskişehir, Türkiye.
E-posta: msyildiz@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9730-3427>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

of workplace. The distinction between workplace and enterprise should be examined separately since the concept of enterprise has a special meaning in terms of collective labor relations. At this point, the concept of enterprise, which has a special meaning as a type of collective labor agreement in terms of Law No. 6356 and which will be important in terms of the consequences of determining the boundaries of the workplace, will also be discussed. The important issue in terms of determining the boundaries of the workplace, which continues to be the subject of frequent discussion in judicial decisions, is whether a place is an affiliated workplace or a different workplace. The interpretation of whether a place is an affiliated workplace or a separate workplace is important at many points including union organization, branch of activity, type of collective bargaining agreement, collective bargaining agreement authorization and scope of collective bargaining agreement. The main purpose of our study is to demonstrate the importance of the issue of determining the boundaries of the workplace in terms of collective labor relations by indicating how the criteria for being considered an affiliated workplace are applied in judicial decisions.

Keywords

Workplace, Enterprise, Affiliated Workplace, Branch of Activity, Trade Union Organization, Types of Collective Bargaining Agreements, Collective Bargaining Agreement Authorization.

Extended Abstract

The issue of determining the boundaries of the workplace, which is frequently discussed in judicial decisions, is the determination of an affiliated workplace. With regard to the determination of an affiliated workplace, Law No. 4857 stipulates the criteria of being qualitatively connected in terms of the goods or services produced in the workplace, being under the same management and belonging to the same employer. Various judicial decisions have been made regarding the content of these criteria in different concrete cases and the Court of Cassation has tried to introduce various criteria in this regard. An important point for our study is whether a location constitutes an affiliated workplace or a separate workplace. This determination has important implications for collective labor relations. These effects are discussed in the last section of our study. In terms of the level of union organization, trade unions can be organized on the basis of occupation, workplace or branch of activity. Since Law No. 6356 includes the principle of branch of activity in the definition of trade union, the level of union organization in our country is based on the branch of activity in terms of the current regulation. The determination of the branch of activity is based on the activity carried out at the workplace. In this respect, the technical objective pursued at the workplace is also the subject matter of the classification. The resolution of the issue of determining the boundaries of the workplace has a direct impact on the determination of the branch of activity. In addition, the fact that the branch of activity has a direct impact on various issues, especially union organizing, brings the concept of workplace to the fore. Law No. 6356 states that collective labor agreements can be concluded at the workplace level. The fact that the collective labor agreement covers the workplace or workplaces as a geographical area has caused the concept of workplace to take center stage and the issue of determining the boundaries of the workplace has directly become an important issue at this point. While the concept of workplace is taken as a basis in determining the level of collective bargaining, in terms of types of collective bargaining agreements, the agreement may cover a single workplace, all workplaces of the same employer in the same branch of activity, or workplaces of different employers in the same branch of activity. In terms of the type of collective bargaining agreement, if the employer has a single workplace, a workplace collective bargaining agreement; if the employer has more than one workplace and these workplaces are in the same branch of activity, an enterprise collective bargaining agreement will be concluded. In addition, the concept of workplace has a significant impact on the collective bargaining agreement capacity and authority. Since collective bargaining capacity is limited to the branch of activity, the concept of workplace is of indirect importance at this point. In terms of collective bargaining agreement authority, since different rates are adopted for collective bargaining agreement and enterprise collective bargaining agreement, the issue of whether a place is an affiliated workplace or a different workplace also affects the authorization. The concept of workplace is also important for the implementation of the collective labor agreement. For a worker to benefit from a collective bargaining agreement, he/she must be employed at the workplace covered by the collective bargaining agreement. In this respect, the workplaces included in the authorisation certificate are taken into consideration. The issue of determining the boundaries of the workplace is also important in determining the competent authority and the competent court. In our study, the reflections of the concept of workplace on collective labour relations are tried to be addressed within the specified framework.

GİRİŞ

İşyeri kavramı, toplu iş ilişkileri açısından özel bir anlam taşımaktadır. İşyeri kavramı ve bu kavramın sınırlarının belirlenmesi meselesi; sendikal örgütlenme, sendikal faaliyetler, toplu iş sözleşmesi düzeyi ve türü, toplu iş sözleşmesi yetkisi, işkolunun tespiti gibi toplu iş ilişkisinin temel konuları açısından doğrudan ya da dolaylı anlamda önem taşımaktadır. Bu bağlamda çalışmamızın temel amacı, toplu iş ilişkileri yönünden işyeri kavramının taşıdığı önemin vurgulanmasıdır.

Çalışmamız dört ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızda ilk olarak “*İşyeri Kavramının Tanımı*” konusu üzerinde durulacaktır. 6356 sayılı Kanun, işyeri kavramının tanımı konusunda 4857 sayılı Kanun’a atıfta bulunmuştur. Böylelikle merkez bir kavram olan işyeri kavramı açısından her iki kanun bakımından kavram birliği sağlanması amaçlansa da işyerinin 6356 sayılı Kanun açısından taşıdığı özellikler dikkate alındığında 6356 sayılı Kanun bakımından işyeri kavramının özel olarak ele alınması gerektiği açıktır. Çalışmamızda ikinci olarak işyeri-işletme kavramı ayrımı üzerinde durulmaya çalışılacaktır. İşyeri-işletme kavramı ayrımı, toplu iş ilişkileri açısından işletme kavramının bir toplu iş sözleşmesi ünitesi teşkil etmesi nedeniyle son derece önemlidir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise işyeri kavramının sınırlarının belirlenmesi meselesi üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Bu bakımdan bir yerin bağlı yer mi bağımsız bir işyeri mi olduğu konusunun belirlenmesinde kullanılan ölçütler ve bu ölçütlerin yargı kararlarında ne şekilde kullanıldığı meselesi incelenmeye çalışılacaktır. Çalışmamızın son bölümü ise işyerinin sınırlarının belirlenmesinin toplu iş ilişkileri açısından ne gibi etkiler doğurduğu konusuna ilişkindir. Öyle ki özellikle bir yerin bağlı yer mi yoksa bağımsız bir işyeri mi olduğu konusu toplu iş hukukunun birçok konusuna doğrudan ya da dolaylı olarak tesir etmektedir.

I. İŞYERİ KAVRAMININ TANIMI

İş ilişkilerinde merkez kavramlar olan işçi, işveren ve iş sözleşmesinin yanında önemli bağlama noktalarından birisi de işyeri kavramıdır. Öyle ki işçi ile işveren arasında akdedilen iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olan iş görme unsuru, işyeri kavramının açıklanmasıyla anlam kazanmaktadır. Çalışmamızın ilk başlığında 4857 sayılı Kanun ve 6356 sayılı Kanun bakımından işyeri kavramının ne şekilde anlaşılması gerektiği ele alınmaya çalışılacaktır.

A. 4857 SAYILI KANUN BAKIMINDAN İŞYERİ KAVRAMI

İşyeri kavramına ilişkin temel düzenleme, 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinde yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrasına göre işyeri “*işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*” olarak tanımlanmıştır. Tanımdan hareketle işyerinin unsurlarının arsa, bina, ham madde ve ilgili teçhizatları ifade eden maddi unsurlar; müşteri

çevresi, know how, patent ve sair alacak haklarını ifade eden maddi olmayan unsurlar ve iş gücünün oluşturduğu söylenebilecektir¹. Belirtelim ki işyerinin unsurları arasında en kilit unsur, iş gücü unsurudur². Bir işyerinde sendikal örgütlenmenin meydana gelebilmesi için doğal olarak iş gücü unsurunun varlığı zorunludur. Zira sendikaların varlık amacı, işçilerin hak ve menfaatlerini gözetmektir. İşyeride çalışan işçi sayısı, işyeri niteliğinin kazanılmasında önem teşkil etmez³.

İşyerine ilişkin tanımlamaya bakılacak olursa, mal ve/veya hizmet üretimi amacı nedeniyle işyerinin yukarıda belirttiğimiz unsurlarının bir araya getirildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de işyeri kavramı aşağıda ele almaya çalışacağımız işletme kavramından farklı olarak teknik bir amaca yönelmiştir⁴. İşyeri bakımından teknik amaç, bir çıktı sağlanmasına yönelik olsa da bu çıktı sonrası kazanç sağlanması işyeri açısından önemli değildir. Başka bir deyişle işyerinde yalnızca mal ve/veya hizmet üretimi amaçlanmakta; ayrıca ekonomik bir beklenti bulunmamaktadır⁵. Ayrıca işyerinde tek bir teknik amaç söz konusu olabileceği gibi birden fazla teknik amacın söz konusu olması da mümkündür⁶. Bu durumda tek işyeri mi yoksa birden fazla işyeri mi söz konusu olacağı meselesi yalnızca teknik amaç unsuru ile çözümlenemeyeceği için fiziksel yer ve organizasyon unsurları da hesaba katılmalıdır⁷.

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ilk fıkrasında yer alan işyeri tanımında ayrıca işyerinin “örgütlenmiş birim” olduğu ifade edilmiştir. Bu ifadeyle işyerinin fiziksel yer olmasının yanında bir organizasyon olduğu da belirtilmek istenmiştir. Bu bakımdan unsurlardan hareketle işyeri kavramı, fiziksel mekânın sınırlarını da aşan maddi, maddi olmayan ve iş gücü unsurlarının bir araya getirildiği, teknik amacın yerine getirilmesini hedefleyen sürekli bir örgüt olarak tanımlanabilecektir⁸.

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasında ise işyeri kavramının kapsamına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Madde düzenlemesinden açıkça anlaşılacağı üzere işyerine bağlı yer olarak ifade edilen yerler, eklentiler ve araç-

¹ Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, (İstanbul: Legal Yayınları, 2007), 17 vd; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 197; İbrahim Aydın, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, (Ankara: Demiryol-İş, 2001), 9; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Özkaraca, Ercüment, *İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022), 136.

² Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 24; Muhittin Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, (Ankara: Lykeion Yayınları, 2019), 92.

³ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, (Ankara: Lykeion Yayınları 2022), 247.

⁴ Aydın, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, 16; Süzek, *İş Hukuku*, 200; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 66; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, *İş Hukuku*, 244.

⁵ Aydın, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, 41, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, *İş Hukuku*, 245.

⁶ Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 24.

⁷ Konuya ilişkin detaylı inceleme için Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 371.

⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, *İş Hukuku*, 245-246; Süzek, *İş Hukuku*, 197.

lar ayrı bir işyeri teşkil etmeyecek; bu şekilde nitelendirilen yer, eklenti ve araçlar işyeri organizasyonu kapsamında sayılacaktır⁹. Burada madde düzenlemesinden hareketle işyerinin tek bir yerden oluşan bir birim olmadığı ya da salt fiziksel yer olarak tarif edilemeyeceği hususları ayrıca ifade edilmelidir. Dolayısıyla işyeri kavramının sınırlarına ilişkin yorumlama yapılırken işyerinin organizasyon teşkil ettiği gözden kaçırılmamalı ve somut olay bakımından fiziksel yer ve teknik amaç unsurları, organizasyon unsuru süzgecinden geçirilerek tespit edilmelidir.

B. 6356 SAYILI KANUN BAKIMINDAN İŞYERİ KAVRAMI

6356 sayılı Kanun bakımından temel bağlama noktalarından birisi olan işyeri kavramının sınırlarının çizilmesi birçok noktada kilit öneme sahiptir. Özellikle toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak “işletme” kavramına verilen özel anlam ve emredici hüküm, işyeri kavramının sınırlarının çizilmesini zaruri kılmaktadır.

6356 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 3. fıkrasında işyeri kavramının 4857 sayılı Kanun’da tanımlandığı gibi olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Bu bakımdan temel bir kavram olan işyeri kavramı açısından kavram birliği sağlanması amaçlanmıştır¹⁰. Ancak belirtelim ki her iki kanunun farklı amaçlara hizmet ettiği de ortadadır. Zira 6356 sayılı Kanun açısından kolektif düzen söz konusudur ve sendikaların da dahil olduğu üçlü bir yapı gündeme gelmektedir. Aşağıda da anlatılacağı üzere bir yerin bağlı işyeri mi ayrı bir işyeri mi olduğu meselesi; sendikal örgütlenme, işkolunun saptanması, toplu iş sözleşmesi bağlanması, toplu iş sözleşmesinin yer bakımından uygulanması gibi birçok meseleyi doğrudan etkilemektedir¹¹. Bu bakımdan doktrinde toplu iş ilişkileri bakımından konunun kilit öneme sahip olması ve 6356 sayılı Kanun’un kamu düzenine ilişkin emredici düzenlemeleri nedeniyle toplu iş ilişkisi taraflarının aksi yönde tasarrufta bulunmalarının mümkün olmaması sebebiyle işyeri kavramının toplu iş hukukunun gereklerine ve amaçlarına uygun şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir¹².

⁹ 4857 sayılı Kanun, “işyerinde teklik ilkesini” benimsemiştir. Süzek, *İş Hukuku*, 200.

¹⁰ 6356 sayılı Kanun’un 2. maddesine ilişkin madde gerekçesine göre “Maddede işçi, işveren ve işyeri tanımları için 4857 sayılı İş Kanunu’na yollama yapılmıştır. Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu’na atıf yapılmış olsa da bu Kanunda belirtilen tanımlar İş Kanununun kapsamıyla bağlı olmaksızın genel olarak ifade edilmiş olması nedeniyle diğer iş kanunları ile Borçlar Kanununa tabi olan işçi ve işverenler de bu Kanunun kapsamında olacaktır. (...) Böylelikle Kanunlar arasında tanım birliği sağlanmıştır.”

¹¹ Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 360; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 136.

¹² Kübra Doğan Yenisey, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 4(2013): 56-57; Gaye Baycık, “6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 2 (2014): 247; Süleyman Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 83; Seracettin Göktaş, Gökhan Yılmaz, “Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı (2022): 1186.

6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ilk fıkrasında yer alan sendika tanımında da sendikanın kuruluş amacının “*ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek*” olduğu ifade edilmiştir. Bu bakımdan Kanun'un temel amaçlarından birisi sosyal tarafların karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını düzenlemektir. Sendikaların başlangıçta işçi örgütleri olarak ortaya çıkması ve günümüzde işçi sendikalarının ön plana çıkması, işçilerin ortak menfaatlerinin söz konusu olması nedeniyledir¹³. Bu bakımdan ortak sorunları ve menfaatleri olan işçiler, bireysel olarak bu sorunları çözmek ve menfaatleri elde etmenin zorluğu karşısında birleşerek örgütlenmişler ve ortak sorun ve menfaatlerini sendikalar vasıtasıyla çözümlenmeyi amaçlamışlardır. Sendikaların işkoluyla sınırlandırılrsa da toplu iş sözleşmesi bağtlayabilme ehliyetine sahip olması ve grev silahına sahip olması, işçi-işveren ilişkisindeki dengelerin sağlanmasına katkı sağlamaktadır. Ancak bu kolektif ilişkinin anlam kazanabilmesi için sendikal örgütlenmenin ve toplu iş sözleşmesi ünitesinin ortak menfaat ve sorunları olan işçileri kapsamı önemlidir. Bu bakımdan bir yerin işyerine bağlı yer ya da ayrı işyeri sayılması ve bu bağlamda tek işyeri, işyerleri ya da işletme olarak ifade edilmesi meselesi, bu amaç ve gerekler dikkate alınarak çözümlenmelidir.

II. İŞYERİ VE İŞLETME KAVRAMLARININ AYIRT EDİLMESİ

İşyeri ve işletme kavramlarının ayırt edilmesi, toplu iş hukuku yönünden işyeri kavramının ortaya koyulabilmesi açısından son derece önemlidir. Çalışmamızda ilk olarak klasik anlamda işletme kavramından ne anlaşılması gerektiği ele alınmaya çalışılacak daha sonra ise kavramların ayırt edilmesinin toplu iş hukuku açısından önemi incelenmeye çalışılacaktır.

A. KLASİK ANLAMDA İŞYERİ- İŞLETME AYIRIMI

Klasik anlamda işyeri-işletme ayrımı, izlenen amaç bakımından farklılaşmaktadır¹⁴. İşyeri açısından maddi, maddi olmayan ve iş gücü unsurlarının örgütlenme amacı, mal ve/veya hizmet üretimidir¹⁵. İşletme ise işyerinden farklı olarak iktisadi/ekonomik bir birimi ifade etmektedir^{16,17}

¹³ Adnan Tuğ, *Sendikalar Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1992), 2-3; A. Can Tuncay, Burcu Savaş Kutsal, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2023), 21; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2020), 4.

¹⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, *İş Hukuku*, 245; Süzek, *İş Hukuku*, 201.

¹⁵ Süzek, *İş Hukuku*, 201.

¹⁶ Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 66.

¹⁷ Anayasal sözleşme özgürlüğünün bir uzantısı olarak işverenin belirli rizikolara katlanmasının yanında işletmesel karar alma özgürlüğü söz konusudur. Bu durumun somut görünümü özellikle işletme gerekleri ile fesihle söz konusu olmaktadır. Burada ekonomik kriz, yeniden yapılanma veya teknolojik değişimler nedeniyle işveren işletmesel bir karar almakta ve geçerli nedenle iş sözleşmesini feshedebilmektedir. Bu bakımdan ekonomik bir ünite olan işletmenin devamlılığını sağlamaya ilişkin karar alabilmekte ve bu durum işe iade davaları bakımından feshi geçersiz hale getirmektedir.

İşletme kavramının asıl amacı, genel anlamda, gelir elde edilmesi yönündeki iktisadi amaçtır. Nitekim ticaret hukuku bakımından işletme kavramı açıkça tanımlanmamış olsa da ticari işletme kavramının unsurlarından birisi, gelir elde etme amacıdır. Esasen esnaf işletmelerinin amacı da gelir elde etme olsa da esnaf işletmeleri, ticari işletmelerden Cumhurbaşkanlığı kararıyla belirtilen sınırın altında gelir elde etmeleri yönünden ayrılmaktadır¹⁸. Ancak konumuz açısından bakıldığında “işletme” olarak nitelendirilen iki kavramın da temelinde gelir elde etmeyi amaçlamak olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bunun yanında işletmenin sınai ya da zirai amacı da söz konusu olabilir¹⁹. Ayrıca belirtelim ki iş ilişkileri bakımından işletme ideal bir amaca da yönelmiş olabilir²⁰. Bu bakımdan iş ilişkilerinde işletmenin ticaret hukuku bakımından ifade edilen ticari işletme ile örtüşen yönlerinin yanında bazı farklılıklarının da olduğu ifade edilmekte ve iş hukukunda işçinin işyerinin vazgeçilmez unsuru olduğu ve izlenen amacın salt iktisadi nitelikte olmasının da gerekmediği hususuna dikkat çekilmektedir²¹.

İşyeri ile işletme arasındaki ayrım, bu kavramların bir arada bulunamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. İşletme genel anlamda işyerini de kapsayan bir kavram olup tek bir işyerinden ya da birden çok işyerinden meydana gelebilmektedir²². Zira işletme açısından izlenen amacın gerçekleştirilebilmesi için mal ve/veya hizmet üretiminin yapılması gerekliliği ortadadır. Bu bakımdan tek bir işyerinde mal ve hizmet üretimi yapılarak bunların satışının gerçekleştirildiği durumlarda işyeri ve işletme kavramları da iç içe geçmiş olmaktadır²³.

4857 sayılı İş Kanunu’nda işletme kavramı tanımlanmamış olsa da çeşitli düzenlemelerde işletme kavramından söz edilmektedir²⁴. Bu bakımdan örneğin iş güvencesine tabi olabilmek koşullarına ilişkin 18. madde düzenlemesinin son fıkrasında işletmenin bütününe yöneten işveren vekillerinin güvence kapsamında olmadığından bahsedilirken; işyerinin bütününe yöneten işveren vekillerinden sadece aynı zamanda işçileri işe alma ve çıkarma yetkisi olan işveren vekillerinin güvence kapsamında olmayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu bakımdan söz konusu düzenleme, açık bir kanuni düzenleme ile tanımlanmayan işletme kavramının işyeri kavramını da içerisine alan geniş bir kavram olduğu hususuna örnek niteliğindedir. Başka bir deyişle kanun koyucu iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamayı amaçlayan iş

¹⁸ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021), 27 vd.

¹⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, *İş Hukuku*, 245.

²⁰ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 103; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 66; Aydın, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, 17.

²¹ Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 35.

²² Süzek, *İş Hukuku*, 201.

²³ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 104; Aydın Başbuğ, *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk*, (Ankara: Şeker- İş, 2012), 165.

²⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, *İş Hukuku*, 246.

güvencesi düzenlemesinden işyerinin bütününe yöneten ve işçiyi işe alma ve çıkar-
ma yetkisi bulunmayan işveren vekillerinin yararlanmasını amaçlarken; işyerinden
çok daha geniş bir kavram olan işletmenin bütününe yöneten işveren vekillerini
işverene yakınlıkları sebebiyle güvence kapsamı dışında tutmuştur. Bu husus da
kanun koyucunun da işyeri-işletme ayırımına değer verdiği şeklinde yorumlanabilir.

B. TOPLU İŞ İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN İŞYERİ- İŞLETME AYRIMI

Toplu iş ilişkileri bakımından işyeri kavramının tanımı konusunda yukarıda
da belirtildiği üzere 4857 sayılı Kanun'a yollamada bulunulmuştur. Ancak bunun
yanında normun amacından hareketle kavramın toplu iş ilişkilerine taşınırken bu
amaca uygun yorumlanması gerekir. İşletme kavramına ilişkin 6356 sayılı Kanun,
tıpkı 4857 sayılı Kanun'da olduğu gibi özel bir tanımlamaya yer vermemiştir. An-
cak bir toplu iş sözleşmesi türü olan "işletme toplu iş sözleşmesi" tanımlanmış ve
bu toplu iş sözleşmesi türüne ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. 6356 sayılı
Kanun'un 2. maddesinin ilk fıkrasının d bendinde işletme toplu iş sözleşmesi "*bir
gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki
birden çok işyerini kapsayan sözleşme*" olarak tanımlanmıştır. Tanıma bakıldığında
6356 sayılı Kanun'un işletme kavramına özel bir anlam yüklediği görülmektedir.
Şöyle ki klasik anlamda işletmeden farklı olarak toplu iş ilişkileri açısından işletme,
birden çok işyerini kapsamına alan bir toplu iş sözleşmesi ünitesini oluşturmaktadı-
r. Bu ünite bakımından birbirinden farklı işyerlerinin tek bir toplu iş sözleşmesi
çatısı altında bağitlanabilmesinin nedeni, bunların aynı işkolunda yer almasıdır.
Ayrıca belirtmelidir ki aynı işverenin aynı işkolundaki birden çok işyeri açısından
ayrı ayrı toplu iş sözleşmesi bağitlanabilmesi mümkün değildir. Zira işletme toplu
iş sözleşmesi kamu düzenindedir²⁵. Diğer bir deyişle aynı işverenin aynı işkolun-
da birden çok işyeri söz konusuysa burada artık işletme toplu iş sözleşmesi bağit-
lanması mecburidir²⁶. Gerçekten de 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin ikinci
fıkrası uyarınca "*Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna
ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi
ancak işletme düzeyinde yapılabilir.*". Dolayısıyla görüldüğü üzere her ne kadar
bireysel iş hukuku bakımından işletme ve işyeri kavramları iç içe geçebilecekken
toplular iş hukuku açısından bu mümkün olmayacaktır. Zira 6356 sayılı Kanun'da
işletme kavramına özel anlam yüklendiği için tek bir işyerinin söz konusu olduğu
durumlarda ya da birden çok işyeri bulunmasına rağmen bu işyerlerinin farklı işko-
lunda bulunması durumunda işletme toplu iş sözleşmesi gündeme gelmeyecektir.
Söz konusu durumda işverenin farklı işkolundaki farklı işyerleri bakımından ayrı

²⁵ Yargıtay da işletme toplu iş sözleşmelerini kamu düzeninden saymaktadır. Y.9HD, 04/11/2021, E. 2021/9404, K. 2021/15438, Lexpera.

²⁶ Öner Eyrenci, "6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 138; Melda Sur, *İş Hukukunda Toplu İlişkiler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 299.

ayrı toplu iş sözleşmesi bağitlanacaktır. Burada görüldüğü üzere kanun koyucu, aynı işverene ait olan işyerlerinin aynı işkolunda olmasını yeterli görmüş; bunun dışında ayrıca hukuki ya da iktisadi bir bağıllık aramamıştır²⁷. Dolayısıyla işkolu tespitini bakımından farklı işkolunda yer alan yerler arasında hukuki ya da ekonomik bağıllık olması, bu yerler açısından işletme toplu iş sözleşmesi bağitlanması gerekliliğini doğurmaz. İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında görülen işyerlerinin her biri teknik anlamda ayrı işyeri sayıldığından ve işkolu tespitinde de temel birimin işyeri olmasından dolayı işkolu tespitinin her bir işyeri açısından ayrı ayrı yapılması gerekmektedir. Bu bakımdan işletmeye dahil işyerleri arasında asıl iş-yardımcı iş ayrımı yapılmamalı; her işyerinin faaliyeti bağımsız olarak değerlendirilerek işkolu tespitine gidilmelidir²⁸.

Görüldüğü üzere toplu iş ilişkileri yönünden işletme kavramı, toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak özel bir anlama sahiptir²⁹ ve klasik işletme kavramından oldukça farklıdır³⁰. Bu bakımdan kanun koyucunun işletme kavramıyla bir toplu iş sözleşmesi ünitesi oluşturmak istediği, aynı işkolunda olmaları nedeniyle “benzer” teknik amaçları olduğu varsayılan işyerleri açısından yetkiye ilişkin çoğunluğun da işyeri toplu iş sözleşmelerine kıyasla daha aşağıda olduğu düşünülerek, toplu iş sözleşmesi bağitlanabilme ihtimalini artırmayı amaçladığı söylenebilecektir. Bu özel anlam dışında işletme kavramına ilişkin özel bir yorumlamaya gidilmemelidir. Örneğin işletme toplu iş sözleşmeleri açısından işyeri sendika temsilcileri her bir işyeri için ayrı ayrı atanmalı; işletme bir bütün kabul edilip tek bir işyeri sendika temsilcisi atanması yoluna gidilmemelidir^{31,32}. Zira işletmenin

²⁷ Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Sözleşmesi*, (İstanbul: Acar Matbaacılık, 1992), 33. Klasik işletme bakımından hukuki bağıllık yetmemekte ayrıca işyerleri arasında iktisadi bir bağıllığın bulunması da aranmaktadır. Aydınlı, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, 19.

²⁸ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 89; Doğan Yenisey, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, 58.

²⁹ 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasının ilk halinde işletme toplu iş sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir tüzelkişiyeye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede işçilerin bir işyerinden diğerine naklinin işletmenin niteliği icabı olduğu hallerde bu işyerlerinin tümü için ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu Kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir.”. Bu düzenlemede yer alan “işletmenin icabı” ifadesi belirsizlik yaratması nedeniyle 1986 tarihli 3299 sayılı Kanun düzenlemesiyle metinden çıkarılmıştır. Madde metninden çıkarılması sonucu işletme kavramı toplu iş hukukunda toplu iş sözleşmesi ünitesini ifade eden özel bir anlama kavuşmuştur. Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 89; Şahlanan, *Toplu İş Sözleşmesi*, 39.

³⁰ E. Murat Engin, “Yetki İtirazı Davalarında SGK İşyeri Sicil Numarasının İşlevi ve İşkolu Koduna Yönelik İtirazların Hukuki Niteliği”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 39 (2018): 10; Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 89.

³¹ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 147; Ünal Narmanlıoğlu, “İşyeri Sendika Temsilcileri (Atanmaları, Görevleri ve Güvenceleri)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, S. 1-4 (1987): 185.

³² Yüksek Mahkeme, 2822 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu ancak 6356 sayılı Kanun bakımından da geçerliliğini koruyan bir kararında işletme toplu iş sözleşmesi ünitesi açısından her bir işyerinde ayrı işyeri sendika temsilcisi atanması yoluna gidilmesi gerektiğini belirtmiştir. Y.9HD, 20.04.1995, E. 1995/13007, K. 1995/13901, Kazancı.

bir bütün olarak kabul edilip işkolunun bağlama noktası olarak kullanılması, bir toplu iş sözleşmesi ünitesi yaratmaktan ibarettir³³. Ayrıca belirtmelidir ki işletme toplu iş sözleşmesinin kamu düzeninden sayılması ve taraflara bu noktada özerklik tanınmaması, işletme genelinde yetkiye ilişkin çoğunluğun sağlanamadığı ancak işyerleri düzeyinde daha yüksek bir oran aransa da çoğunluğun sağlandığı durumlarda, sözünü ettiğimiz amaca da hizmet edemeyecektir. İşletme toplu iş sözleşmelerinin hukuk sistemimize ilk kez dahil olduğu 2822 sayılı Kanun'un gerekçesinde işletme kavramının tercih ediliş sebebi olarak “işletme” kavramından başka bir ifade bulunamaması gösterilmiştir³⁴. Bu bakımdan işletme kavramının bireysel iş hukuku bakımından anlamlandırılan işletme kavramından farklılık arz ettiği açıktır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 2017 tarihli kararında işletme kavramını tanımlarken kavramın toplu iş hukuku yönünden özel bir anlama geldiğini vurgulamış ve bu konudaki doktrin görüşleri çerçevesinde yorumlamada bulunmuştur. Karara göre³⁵ “6356 sayılı Sendikal ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu bakımından ise işletme kavramı daha özgün bir niteliğe sahiptir ve önemli sonuçlar bağlanmıştır. (...) Bununla amaçlanan işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde tek bir toplu iş sözleşmesi yapılarak tek düzen (yeknesak) sağlanmasıdır. İşletme toplu iş sözleşmesinde (m. 34/2) ‘işletme’ kavramı STİSK’na özgü olup, ne Türk Ticaret Kanunu anlamında ticari işletmeye, ne de iktisadi anlamda ‘işletme’ kavramına uyar. Burada, tek işverenin aynı işkolundaki birden fazla işyerini kapsayan bir toplu pazarlık, toplu iş sözleşmesi ünitesi söz konusudur. 6356 sayılı Kanununun 2’nci ve 34’ncü maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, kanundaki ‘işletme’ deyiminin, gerçek anlamdaki işletmeyle ilgisi bulunmadığı, bir işverenin aynı işkolundaki birden çok işyerini ifade etmek için kullanıldığı anlaşılmaktadır.”

III. İŞYERİNİN SINIRLARININ ÇİZİLMESİ

İşyeri kavramının sınırlarının çizilmesi, kavramın toplu iş ilişkileri açısından temel bağlama noktası teşkil etmesi açısından önemlidir. Özellikle bir yerin bağlı yer mi yoksa ayrı bir işyeri mi olduğu hususu oldukça tartışma götürmektedir. Konuya ilişkin birtakım ölçütler var olmakla birlikte ölçütlerden tam anlamıyla ne anlaşılması gerektiği konusunda net bir uzlaşıdan söz etmek mümkün değildir. Teknolojinin gelişmesi ve işletme politikalarının farklılaşması nedeniyle ölçütlere verilen anlamların da günden güne değişmesi gerektiği açıktır. Çalışmamızın

³³ Doğan Yenisey’e göre bu durum işyeri-işletme ayrımının normun amacı esas alınarak yorumlandığı tek durumdur. Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 319.

³⁴ Engin, “Yetki İtirazı Davalarında SGK İşyeri Sicil Numarasının İşlevi ve İşkolu Koduna Yönelik İtirazların Hukuki Niteliği”, 10.

³⁵ Y.İBHGK, 09/06/2017, E. 2016/3, K. 2017/4, Lexpera. Ayrıca Gökteş/Yılmaz, “Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme”, 1177.

bu bölümünde işyerinin sınırlarının çizilmesinin ve özellikle bağlı yere ilişkin belirlenimin konumuz açısından neden önemli olduğu irdelenmeye çalışılacaktır. Daha sonra ise işyerinin kapsamı konusu ele alınmaya çalışılacak ve yargı kararlarında konunun ne şekilde çözüme kavuşturulmaya çalışıldığı hususu incelenmeye çalışılacaktır.

A. İŞYERİNİN SINIRLARININ BELİRLENMESİNİN ÖNEMİ

İşyerine bağlı yerler ile işletmeyi oluşturan farklı işyerlerinin birbirinden ayrılması, toplu iş hukuku açısından son derece önemlidir. Zira işyeri kavramı birçok açıdan bağlama noktası vazifesi görmektedir. 6356 sayılı Kanun, sendikal örgütlenme düzeyi olarak işkolu esasına göre sendikalaşmayı benimsemiştir³⁶. Öyle ki sendikanın tanımına ilişkin 2. maddede de tanımın içerisinde “*işkolunda faaliyette bulunmak*” ifadesine yer verilmiştir³⁷. İşkolunun belirlenmesinde işyeri esas alınmaktadır. Başka bir ifadeyle işkolu işyerinde yürütülen faaliyet esas alınmak üzere belirlenmektedir³⁸. Bu bakımdan bir yerin bağlı yer olarak nitelendirilmeyip farklı bir işyeri olarak nitelendirilmesi durumunda her bir işyeri için ayrı işkolu tespiti yapılması gerektiğinden iki ayrı işkolu tespiti söz konusu olacak ve bu durum ise özellikle işyerlerinin farklı işkolu kapsamında olması durumunda sendikal örgütlenmeyi de farklılaştıracaktır. Dolayısıyla sendikaların örgütlenmesinden toplu iş sözleşmesi ehliyeti ve yetkisine kadar birçok noktada önem arz eden işkolu tespitinde işyeri kavramının merkeze alınması, dolaylı olarak, işyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesini açığa çıkarmaktadır.

İşkolu meselesi sendikaların örgütlenmesinin yanında üyelikle de doğrudan ilişkilidir. Zira işçiler, işyerinin girdiği işkolunda örgütlü sendikalara üye olabilmektedir³⁹. Bu noktada işkolunun tespitinde işyerinin esas alınması nedeniyle işyeri kavramı, sendika üyeliğini de dolaylı olarak etkilemektedir.

İşyerinin merkez bir kavram olması ve işkolunun belirlenmesine etkisi dolayısıyla bu kavram, sendikal örgütlenmeden üyeliğe kadar birçok hususu etkilemesinin yanında toplu iş sözleşmesi ehliyetini de dolaylı yönden etkilemektedir. Zira Kanun’da özel bir düzenleme bulunmasa da toplu iş sözleşmesi ehliyeti⁴⁰

³⁶ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 43; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 35.

³⁷ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 36; Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 2.

³⁸ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 89-90.

³⁹ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 32; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 179; Sur, *İş Hukukunda Toplu İlişkiler*, 151.

⁴⁰ Toplu iş sözleşmesi ehliyeti 6356 sayılı Kanun’da açıkça tanımlanmamakla birlikte toplu iş sözleşmesine taraf olabilecek kişi ya da kuruluş sıfatını haiz olabilmeyi ifade etmektedir. Toplu iş sözleşmesi ehliyeti medeni hukuktaki hak ehliyetine benzese de sendikaların kuruluş esasları bakımından özel bir anlamı olduğu ve bu nedenle söz konusu kavramların tamamıyla özdeş de olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 13 vd; Rüçhan Işık, *Türk Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Ehliyet ve Yetki*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973), 13 vd.

sendikalara tanınmış ve bu noktada da ehliyet işkoluyla sınırlandırılmıştır⁴¹. Sendikaların unsurlarından hareketle toplu iş sözleşmesine taraf olma sıfatlarının sınırlandırılmasının bir sonucu olarak toplu iş sözleşmesi ehliyetine o işkolunda kurulu sendikalar haizdir⁴². Nitekim 6356 sayılı Kanun'un toplu iş sözleşmesi tanımından hareketle de bu sonuca ulaşılabilecektir. Sözü edilen tanıma göre toplu iş sözleşmesi “iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi” ifade etmektedir. Dolayısıyla görüldüğü üzere işveren açısından sendika üyesi olmaması durumunda kendisinin de toplu iş sözleşmesine taraf olabilmesine imkân tanınmış olsa da işçiler açısından toplu iş sözleşmesinin tarafını mutlaka sendika oluşturmalıdır⁴³. Sendikaların işkolu esasına göre kurulması sendika tanımında da yer alan zorunlu bir unsur olduğundan sendikanın toplu iş sözleşmesi ehliyetini haiz olabilmesi için işyerinin faaliyet gösterdiği işkolunda örgütlü olması gerekmektedir. Bu bakımdan doktrinde kimi yazarlar bu durumun ehliyet değil yetki sorunu olduğu dolayısıyla işkolunda örgütlü olsun olmasın tüm işçi sendikalarının toplu iş sözleşmesi bağitlanacak işyeri ya da işyerleri bakımından toplu iş sözleşmesi ehliyetini haiz olduğunu; sorunun yetki açısından irdelenmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁴. Ancak ne var ki hâkim görüşün savunduğu üzere işkolunda örgütlenmeyi sendika tanımının içerisine yerleştiren düzenleme karşısında sendikaların ancak faaliyet gösterdikleri işkolu kapsamında yer alan işyeri ya da işyerleri açısından toplu iş sözleşmesi ehliyetini haiz oldukları kabul edilmektedir⁴⁵.

İşyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesi, toplu iş sözleşmesi ehliyetinin yanında toplu iş sözleşmesi yetkisi açısından da son derece önemlidir. İşçi sendikasının toplu iş sözleşmesi bağitlayabilmesi için ehliyetin yanı sıra yetki koşullarını da sağlaması gerekmektedir. Toplu iş sözleşmesi yetkisi, işyeri toplu iş sözleşmeleri açısından başvuru tarihinde işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletme toplu iş sözleşmeleri açısından ise yüzde kırkının ilgili sendika üyesi olması koşuluna bağlanmıştır. Dolayısıyla işyerinin sınırlarının belirlenmesi, yetki için aranan çoğunluğun farklılaşması nedeniyle de önem arz etmektedir.

B. İŞYERİNE DAHİL OLAN YERLERİN BELİRLENMESİ

İşyerine dahil olan yerlerin belirlenmesi hususu yukarıda da izah edildiği üzere toplu iş ilişkileri yönünden birçok noktada kilit öneme sahiptir. 4857 sayılı

⁴¹ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 46; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 265.

⁴² Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 60.

⁴³ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 155; M. Kemal Oğuzman, *Hukuki Yönden İşçi- İşveren İlişkileri*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1987), 19.

⁴⁴ Oğuzman, *Hukuki Yönden İşçi- İşveren İlişkileri*, 22.

⁴⁵ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 46.

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrası gereği bağlı yerler, eklentiler ve araçlar işyeri kapsamına dahildir⁴⁶. Bu noktada işyerinin sınırlarının belirlenmesi açısından eklenti, araç ve bağlı yer kavramı ile ne kastedildiğinin ifade edilmesi gerekmektedir.

1. Eklentiler

Eklentilerin işyeri kapsamında düşünülmesi gerektiği belirtilmesine rağmen kavrama ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Ancak 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasında hangi yerlerin eklenti niteliğinde olduğuna ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre “*dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslek eğitimi ve avlu gibi diğer eklentiler*” eklenti sayılır ve işyerine dahildir. Bu bakımdan madde düzenlemesinden de açıkça anlaşılacağı üzere bu düzenleme tadadi niteliktedir⁴⁷. Dolayısıyla benzer özellik gösteren yerlerin de eklenti olarak kabulü mümkün olup, bu konuda doktrinde garajlar örnek olarak gösterilmektedir⁴⁸.

Eklenti olarak belirtilen yerlerin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimiyle doğrudan bağlantısı bulunmadığı yalnızca dolaylı bir bağlantısı olabileceği belirtilmektedir⁴⁹. Bu bakımdan eklentilerde yürütülen faaliyetler, asıl işin bir parçası olmayıp yardımcı iş niteliğindedir⁵⁰. 6356 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin girdiği işkolundan sayılır.*” Bu nedenle eklentide yürütülen iş, asıl işin girdiği işkoluna tabi olacaktır⁵¹. Bu bakımdan örneğin eklentilerde çalışan işçi, asıl iş hangi işkoluna giriyorsa o işkolunda örgütlü sendikaya üye olabilecek ve o işyeri bakımından tek bir toplu iş sözleşmesi süreci yürütülebilecektir. Ayrıca belirtilmelidir ki eklenti ile işin görüldüğü yerin aynı fiziksel mekânda bulunması ve yakın mesafede bulunması şartı da aranmamaktadır⁵².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2020 tarihli bir içtihadında işçilerin dinlenmek ve konaklamak amacıyla kullandığı barınağı eklenti olarak görmüş ve işyeri ile barınak arasındaki 1.5 km'lik mesafenin eklenti niteliğini ortadan kaldırma-

⁴⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, *İş Hukuku*, 249; Süzek, *İş Hukuku*, 200.

⁴⁷ Aydın, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, 56; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 29.

⁴⁸ Aydın, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, 56; Süzek, *İş Hukuku*, 200; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 29.

⁴⁹ “*Bir yerin işyerine bağlı yer sayılması için işin ve o işle güdülen amacın daha iyi bir biçimde gerçekleşmesi konusunda sözü edilen yerin işyeri ile faydalı bir bütünlük oluşturması gerekir. Somut olayda, işyeri gemi ile ölüm olayının meydana geldiği yer arasında böyle bir bütünlükten söz edilemeyeceği gibi, eklenti olarak kabulü mümkün değildir.*” Y.HGK, 22.09.2004, E. 2004/10-440, K. 2004/423, Kazancı.

⁵⁰ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 102.

⁵¹ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 102.

⁵² Süzek, *İş Hukuku*, 200; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 30; Aydın, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, 57.

yacağı sonucuna ulaşmıştır⁵³. Söz konusu karar esasen iş kazası ile ilgili olsa da Hukuk Genel Kurulu yorumlamada bulunurken işverenin hakimiyetinin sürüp sürmediği ölçütü üzerinden hareket etmiştir. Burada eklenti kavramının yorumlanmasında sosyal güvenlik hukukunun amaçlarından hareket edilip genişletici yoruma gidildiği görülmektedir. Toplu iş hukuku açısından da özellikle işçilerin toplu iş sözleşmesi kapsamında olması açısından olabildiğince eklenti kavramının geniş yorumlanması ve her ne kadar işkolu nedeniyle muhtemelen yabancı bir sendikaya üye olunacak olsa da eklentide çalışacak işçilerin toplu iş sözleşmesi ünitesi içerisine dahil edilmesi düşünülebilecektir.

2. Araçlar

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasında araçların da işyerinden sayılacağı belirtilmiş ve araçlara ilişkin herhangi sınırlayıcı bir düzenleme getirilmemiştir⁵⁴. Araçların işyerinden sayılması için sabit ya da hareketli olmaları ya da işverenin mülkiyetinde olmaları şartı da aranmamaktadır. Araçlar da işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine doğrudan ya da dolaylı katkıda bulunmaktadır⁵⁵. Araçların işyerinden sayılması için de coğrafi yakınlık aranmaz⁵⁶.

3. İşyerine Bağlı Yerler

İşyerinin sınırlarının belirlenmesi noktasında esas sorun, bağlı yerlerin tespiti noktasında toplanmaktadır. Bu konu 4857 sayılı Kanun'dan ziyade 6356 sayılı Kanun açısından ekstra sorun oluşturmaktadır⁵⁷. Bir yerin işyerine bağlı yer olduğunun ya da ayrı işyeri olduğunun yorumlanması, sendikal örgütlenme, işkolu, toplu iş sözleşmesi türü, toplu iş sözleşmesi yetkisi ve toplu iş sözleşmesinin kapsamı gibi birçok noktada önem arz etmektedir. Biz de ilk olarak bağlı yerlerin tespitinde kullanılan ölçütleri ele almaya çalışıp devamında ise yargının bağlı yerlerin tespitinde kullanılan ölçütlere ne şekilde yaklaştığı hususunu incelenmeye çalışacağız.

a. Bağlı Yerin Tespitinde Kullanılacak Ölçütler

4857 sayılı İş Kanunu, işyerine bağlı yerlere ilişkin örtülü bir tanımlamaya yer vermiştir. Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasında işyerinden sayılan yerler belirtilirken işyerinde üretilen mal ve/veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerlerin işyerinden sayılacağı düzenlenmiş ve bu ifadenin devamında parantez içerisinde "*işyerine bağlı yerler*" ifadesi tercih edilmiştir. Yine Kanun'un 2. maddesinin 3. fıkrasında ise bu sefer

⁵³ Y.HGK, 25.11.2020, E. 2016/21-2569, K. 2020/956, Kazancı.

⁵⁴ Süzek, *İş Hukuku*, 200.

⁵⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 254.

⁵⁶ Aydın, *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*, 58.

⁵⁷ Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 310.

doğrudan işyerine bağlı yerler ifadesi kullanılarak bağlı yerlerin işyeri kapsamında olduğu tekrar vurgulanmıştır. Dolayısıyla işyerine bağlı yerler ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda Kanun, işverenin ürettiği mal veya hizmet ile nitelik bakımından bağlılığın olması ve bu yerlerin aynı yönetim altında örgütlenmiş olması koşullarını vurgulamıştır. Burada dikkat edilirse Kanun, nitelik ve yönetim açısından bağlılığı “işverenin” diyerek işverenin işyerleri ile sınırlamıştır.

İş Kanunu’nun madde gerekçelerinde bağlı yerlerin tespitinde kullanılacak ölçütlere vurgu yapılmıştır. Buna göre “İşyerinin sınırlarının belirlenmesinde ‘işyerine bağlı yerler’ ile eklentiler ve araçların bu birim kapsamında oldukları, önceki hükümden farklı bir ölçüt aranmamış olmakla beraber; özellikle bir işyerinin mal veya hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi, yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda ‘amaçta birlik’, aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünde bağlılık ile ‘yönetimde birlik’, aynı yönetim altında örgütlenmiş olma şartları gerek yargı kararları ve gerek doktrindeki görüşlere paralel şekilde düzenlenmiştir.”.

Görüldüğü üzere bağlı yerlerin tespitinde üç ana ölçüt kullanılmaktadır. Bunlardan ilki olan hukuki bağlılık ölçütünden söz konusu yerlerin aynı işverene ait olması anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle birden fazla yer ayrı işverenlere aitse diğer koşullar oluşmuş olsa da bağlı yerden söz edilemeyecektir⁵⁸. Zira toplu iş hukuku açısından bakıldığında esasen iki ayrı sendikal örgütlenme ve işkolu tespitinin söz konusu olması gereken durumda tek bir toplu iş sözleşmesi ünitesi oluşturabilmek olanaksızdır. 6356 sayılı Kanun’la beraber hukuk sistemimize dahil olan grup toplu iş sözleşmelerinde sözleşmenin tarafı farklı işverenler olsa da bu işverenlere ait işyerleri ayrı işyerleridir ve birbirinden bağımsız işkolu tespitine konu olmaktadır⁵⁹. Burada ayrıca belirtilmelidir ki holding bünyesindeki şirketler de birbirinden bağımsız işveren niteliğini haiz olduklarından⁶⁰ holding bünyesindeki iki farklı işverene ait olan yerlerin bağlı yer olarak nitelendirilmesine olanak yoktur. Yine alt işverenlik ilişkisi açısından da alt işveren bakımından işin görüldüğü yer bağımsız işyeri sayıldığından burada da hukuki bağlılıktan ve bağlı yerden söz edilemeyecektir. Alt işverenler açısından işkolu tespiti de bağımsız olarak yürüttüğü faaliyet esas alınarak belirlenecektir⁶¹.

Bağlı yerlerin tespitinde kullanılan ölçütlerden karakteristik ölçüt amaçta birlik/amaçsal bağlılık ölçütüdür⁶². Bu ölçüt, işyerinde izlenen teknik amacı ön

⁵⁸ Süzek, *İş Hukuku*, 198; Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 85; Baycık, “6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi”, 246.

⁵⁹ 6356 sayılı Kanun’da grup toplu iş sözleşmesi tanımında “İşçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesini ifade eder.” denilmektedir.

⁶⁰ Süzek, *İş Hukuku*, 156.

⁶¹ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 49.

⁶² Mollamahmutoğlu/Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 251.

plana çıkarmakta ve aynı teknik amacı takip eden yerlerin birbirlerini tamamlamalarını, teknik amacın gerçekleştirilmesinin halkaları arasında olmasını ifade etmektedir⁶³. Burada işyerinde mal ve hizmet üretiminin farklı aşamaları söz konusu olmakla beraber asıl amaç, teknik amacın gerçekleşmesidir. Örneğin teknik amacın pencere üretimi ve satışı olduğu bir işyerinde pencerenin boyanması, depolanması, cam üretilmesi ve takılması, paketlenmesi, satışa sunulduğu yerler aynı teknik amacın parçası niteliğindedir ve amaçta birlik unsuru gerçekleşmiştir. Diğer koşulların da gerçekleşmesi durumunda bu yerler, tek işyeri sayılacak ve işkolu tespiti buna göre yapılacaktır.

Amaçta birlik ölçütü açısından tartışılması gerekli bir mesele de ilgili yerlerin teknik amacın parçası olması ancak bunun yanında dışa karşı da faaliyetlerini sürdürmesi durumudur. Örneğin, teknik amacın baklava imalatı ve satımının olduğu bir işyerinde aynı zamanda fıstığın da üretilmesi ve baklava imalatında kullanılması durumunda esasen amaçta birlik unsuru gerçekleşmiştir. Ancak tarlada ürettiği fıstıkların piyasadaki başka kişilere de satılması durumunda fıstık üretiminin tamamen teknik amacın bir parçası olduğundan söz edilemez. Bu bakımdan teknik amaca yardımcı olma amacının ortadan kalktığı ve bağımsız bir üretim amacının söz konusu olduğundan bahsedilmelidir. Somut örnek bakımından birimler arasında amaçta birlik ölçütü gerçekleşmediğinden ayrı işyerinden bahsetmek gerekmektedir⁶⁴.

Bağlı yerin tespitinde kullanılan üçüncü ve son ölçüt ise yönetimde birlik ölçütüdür⁶⁵. Yönetimde birlik ölçütü, işyerinde üretilen mal veya hizmetin tek elden yönetilebilecek şekilde aynı yönetim altında örgütlenmiş olmasını ifade etmektedir. Yönetimde birlik bakımından işçilerin bordrolarının tek elden düzenlenmesi, işe giriş ya da işten çıkış işlemlerinin tek birim üzerinden belgelenmesi ölçütlerine dikkat çekilmekte; esasen işçilerin özlük haklarını ilgilendiren iş ya da işlemlerin tek bir birimden yürütülmesi durumunda yönetimde birlik ölçütünün varlığından söz edilebileceği belirtilmektedir⁶⁶. Ancak ne var ki günümüzde bu tip işlemlerin hizmet alımı yoluyla görülmesi, yönetimde birliğin varlığı konusunda bu ölçütün dikkate alınmasını zorlaştırmaktadır⁶⁷. Ayrıca belirtelim ki amaçta birlik ölçütü açısından ilgili yerlerin teknik amacın halkasını oluşturması esasen beraberinde aynı organizasyon içerisinde bulunmayı da gerektirmektedir⁶⁸. Bu nedenle yönetimde birlik ilkesi bakımından getirilen ölçütlerin de sınırlı ve günü-

⁶³ Süzek, *İş Hukuku*, 198; Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 85; Mollamahmutoğlu/Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 251.

⁶⁴ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 96.

⁶⁵ Süzek, *İş Hukuku*, 198.

⁶⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 253; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 29; Süzek, *İş Hukuku*, 199.

⁶⁷ Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, 30.

⁶⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 252.

müz açısından işlevinin düşük olması sebebiyle bu ölçütün amaçta birlik ölçütü içerisinde değerlendirilmesi gerektiği de söylenebilecektir. Ancak belirtilmelidir ki yönetimde birlik ölçütü teknik amaç ile organizasyon arasında bağlantı kurulması açısından önemlidir ve tespiti zor da olsa amaçta birlik ölçütünü tamamlayıcı niteliktedir. Kaldı ki bu ölçütlerin birbirinden bağımsız değerlendirilmesi de mümkün değildir. Bu noktada karakteristik ölçüt, amaçta birlik ölçütü olmasına rağmen özellikle söz konusu yerlerin tek bir iş organizasyonu oluşturup oluşturmadığı sorusu bakımından yönetimde birlik ölçütünden de yararlanılacaktır. Yönetimde birlik içerisinde iş organizasyonunun bütünlüğünü de içerdiğinden bu ölçüt bakımından birimlerin organizasyonun bütünlüğünü engelleyecek uzaklıkta olmamasına da dikkat çekilmelidir⁶⁹.

Bir yerin bağlı yer mi yoksa bağımsız bir işyeri mi olduğu konusunda ilgili yerlerin ayrı bir işyeri olarak bildirilmesi, söz konusu yerin ayrı işyeri olarak kabul edilmesi anlamına gelmez⁷⁰. Başka bir yönden de bir yerin ayrı işyeri olarak bildirilmemesi, o yerin bağlı yer olarak değerlendirileceği anlamına da gelmez. İşyerine ilişkin bildirim tek başına bir yerin bağlı yer mi bağımsız işyeri mi olduğu noktasında yeterli olmasa da bu belirlemenin yapılması noktasında yol gösterici olabilecektir. Yönetimde birlik ölçütünün belirlenmesinin oldukça zor olduğu da hesaba katıldığında bu tür bildirimlerin adi karine olarak kabul edilebileceği de haklı olarak ifade edilmektedir⁷¹.

b. Bağlı Yerin Tespitine İlişkin Yargı Kararlarından Örnekler

Bağlı yerin tespiti konusu, toplu iş ilişkileri bakımından gerek doktrinde gerek yargı kararlarında sıkça inceleme konusu yapılmıştır. Yargı kararlarında bağlı yerin tespiti hususu özellikle yetki tespiti konusunda tartışma konusu olmuştur. Bir yerin bağlı yer olması durumunda o işyeri bakımından tek bir işyeri toplu iş sözleşmesi bağtlanacak ve yetki bakımından işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının ilgili sendikaya üye olması koşulu aranacaktır. Yine o işyeri bakımından tek bir işkolu tespiti söz konusu olacaktır. Bu yerlerin farklı işyeri niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılması durumunda ise her bir işyeri açısından ayrı işkolu tespiti yapılacak ve bu yerler ayrı işkolunda ise her işyeri açısından yetki süreci bağımsız olarak yürütülecektir. Farklı işyeri olan yerlerin aynı işkolunda olması durumunda ise işletme toplu iş sözleşmesi gündeme gelecek ve çoğunluk açısından yüzde kırk koşulu aranacaktır. Bağlı yerin tespiti hususunun yargı kararlarına yansıdığı bir diğer önemli durum ise işkolu tespiti meselesidir. Gerçekten de bu konuya ilişkin uyumsuzlukların birçoğu işkolunun belirlenmesi meselesinden doğmaktadır. Şüphesiz ki yetki meselesi ve işkolu meselesi iç içedir. Toplu

⁶⁹ Baycık, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", 248.

⁷⁰ Süzek, *İş Hukuku*, 199.

⁷¹ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 87; Başbuğ, *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk*, 165.

iş sözleşmesi ünitesinin belirlenmesinde ve işkolunun tespitinde işyeri merkez kavramdır. Bu bakımdan ilk olarak işyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesinin çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu bakımdan tek bir işyerinden söz edilmesi, tek bir işkolu tespiti yapılması anlamına gelecektir. Bunun da yansıması, işyeri toplu iş sözleşmesi bağlanması ve işyeri toplu iş sözleşmesine ilişkin çoğunluğun gündeme gelmesi olacaktır. Birden fazla işyerinden söz edilmesi durumunda işyerinde yürütülen faaliyetler bağımsız işkolu tespitine konu edilecek ve bunun da devamında ya işyerlerinde bağımsız işyeri toplu iş sözleşmeleri bağlanabilecek ya da işletme toplu iş sözleşmesi gündeme gelecektir. Dolayısıyla bu konuların hepsinin temelinde “işyeri” vardır. Bu nedenle yargı organlarında sıkça dava konusu yapılan işkolu tespitine itiraz ve yetki tespitine itiraz konuları, mahkemelerin işyerinin sınırlarının belirlenmesine ilişkin inceleme yapmasını zorunlu kılmaktadır.

Bağlı yerlerin tespitine ilişkin yargı kararlarına baktığımızda Yüksek Mahkeme kararlarında ilk olarak teknik amaç ve organizasyon ön plana çıkarılmakta ve işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse ya da bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim aşamaları gerçekleşiyorsa amaçta birlik ölçütünün gerçekleştiğine vurgu yapılmakta ve ilkesel olarak coğrafi açıdan birimlerin işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek uzaklıkta olmaması gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay’ın işkolu tespitine itiraz ya da yetki tespitine itiraza ilişkin uyuşmazlıklarda bu ifadelerle sürekli olarak kararlarında yer verdiğini söyleyebiliriz⁷².

İşyeri- işletme ayrımının tartışıldığı bir kararda işverenin merkez işyerinde belge tarama, evrak barkodlama, otomatik veri sınıflandırma gibi yazılım ve teknolojiler üretildiği belirtilmektedir. İşveren bunun yanında yazılım tabanlı teknolojilerin kullanımı ve uygulamasına ilişkin kamu ve özel sektöre hizmet vermektedir. Bu hizmetler özellikle yazılım ve teknolojilerin sistemlere aktarılmasına yöneliktir. Bu hizmetlerin merkez işyerinde görülmesi mümkün olduğu gibi özellikle kamu kurum kuruluşları açısından hassas veriler söz konusu olduğundan kurumlar tarafından belirtilen farklı yerlerde de görülmesi mümkündür. Davalı sendikanın işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi noktasında yetki alması sonrası işveren, olumlu yetki tespitinin iptali için dava açmıştır. İşverenin hukuki savunmalarından birisi de ilgili yerlerin işletme değil, işyeri niteliğinde olduğu ve çoğunluğun da %40 değil, %50 olduğu hususudur. İlk derece mahkemesi işverenin bu savunmasını şu gerekçelerle reddetmiştir: “(...) D(d) avacı vekilinin bir diğer itirazının işyerinin işletme düzeyinde değil işyeri düzeyinde olduğunu bu sebeple %40 değil %50 çoğunluk esasına göre konunun değerlendirilmesi gerektiği yönünde olduğu ancak davalı bakanlık tarafından işverenin işyerlerini sosyal güvenlik kurumuna tescil ettirirken kuruma bildirdiği

⁷² Bu yönde Y.22HD, 20.09.2018, E. 2018/10726, K. 2018/19322, Legalbank.

işyeri mahiyetine göre verilen nace kodu ve yine davacının birden çok işyerinin mevcut olduğu, bunların aynı işkolunda olduğu dikkate alındığında 6356 sayılı kanunun hükümleri çerçevesinde olayda işyeri bazında değil işletme bazında yetki çoğunluğunun belirlenmesi gerektiği ve bu halde de %40 çoğunluğun esas olduğu görüşü benimsenmiş olup bu yönden de davacı tarafın itirazının yerinde olmadığı (...) gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” İlk derece mahkemesi görüldüğü üzere işverenin işyerlerini sosyal güvenlik kurumuna bildirirken ayrı işyeri olarak bildirmesine değer vermiş ve olay bakımından işkolu açısından da aynı işkolunda buldukları gerekçesiyle toplu iş sözleşmesi ünitesinin işletme olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. İlk derece mahkemesi kararının istinaf edilmesi sonrası Bölge Adliye Mahkemesi de karardan anlaşıldığı kadarıyla işyerlerinin farklı coğrafi alana yayılmasının bağlı yer olarak belirleme yapılmasına engel olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay ise ilk derece mahkemesinin işverenin sosyal güvenlik kurumuna bildirirken işyerinin mahiyetine göre verilen NACE koduna dayanmasının yeterli olmadığını belirtmiş; Bölge Adliye Mahkemesi kararının da sadece işyerlerinin farklı şehirlerde olmasından hareket edilmesi nedeniyle yeterli ve yerinde gerekçe teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay söz konusu olayda eksik inceleme nedeniyle bozma kararı verirken NACE kodunun bağlı yerin tespiti açısından ayırt edici bir kriter olmadığını, bağlı yer sayılan yerler arasındaki mekansal uzaklığın da yönetimde birlik açısından tek başına dikkate alınabilecek bir kriter olmadığını belirtmiştir. Kararda⁷³ ayrıca şu tespitlerde bulunulmuştur: “(...) Ayrıca yargılama safhasında hukukçu bilirkişiden raporlar alınmış, dava Şirketin faaliyet alanında uzman olan bilirkişiler aracılığıyla Şirkete ait işyerlerinde hiçbir incelemenin yapılmadığı görülmüştür. Bu bağlamda davacı Şirketin faaliyetleri, Şirkete ait işyerlerinin mahiyeti, niteliği, bağımsız olup olmadığı, merkeze bağımlılık unsurunun olup olmadığı ve bilhassa işverenin faaliyeti açısından birden fazla işyeri açılmasının zorunluluk olup olmadığı ve buna bağlı olarak farklı şehirlerde geçici sürelerle açıldığı iddia edilen işyerlerinin Şirketin hizmet verdiği kişilere ait olup olmadığı veya giderlerinin hizmet verdiği kişiler tarafından karşılanıp karşılanmadığı hususlarının açıklığa kavuşturulması gereklidir. Özellikle de bu değerlendirmenin yapılabilmesi için davacı Şirketin faaliyet alanının özelliğine göre bu işyerlerinin Şirket müşterilerinin talepleri üzerine ortaya çıkan sözleşmesel zorunluluklar nedeniyle veya kamu ihale mevzuatı ve SGK mevzuatından doğan yasal zorunluluklar nedeniyle, geçici sürelerle açılıp iş bitiminde kapatılan işyerleri olup olmadığının tereddüde mahal verilmeksizin ortaya konulması gereklidir.” Kararda Yüksek Mahkeme, merkez işyeri dışında hizmet verilen yerlerin bağlı işyeri teşkil edip etmediği noktasında bu işyerlerinin geçici süre açılıp kapanan işyerleri olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca

⁷³ Y.9HD, 09/10/2019, E. 2019/5513, K. 2019/17632, Çalışma Toplum.

bu işyerlerinin kime ait olduğunun ve maliyetinin kim tarafından karşılandığının da belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan örneğin maliyetin hizmet alınan yer tarafından karşılanması, yerler arasındaki organizasyonel bütünlüğün bozulmasına da sebebiyet verebilecektir. Zira bağlı yerler, organizasyonun teknik amacına hizmet etmeli ve bu teknik amacın takibi bütünsel anlamda tüm işyerleri açısından söz konusu olmalıdır.

İşletme ve işyeri ayrımının tartışıldığı güncel bir kararda üç ayrı birim söz konusudur. Uyuşmazlık bu yerlerin bağlı yer mi ayrı işyeri mi teşkil ettiği noktasında toplanmaktadır. Bu birimlerden ilkinde iklimlendirme cihazları üretilmekte diğer birimlerde ise iklimlendirme cihazının satışı ile servis hizmetleri yürütülmektedir. Birimlerden ilki olan iklimlendirme cihazının üretildiği işyerinde 116, diğer iki birimde ise yedişer adet işçi çalıştırılmaktadır. Sendikanın başvurusu üzerine Bakanlık, işverenin 12 no.lu metal işkolunda üç işyerinin bulunduğunu ve bu işyerlerinde başvuru tarihi itibarıyla çalışan 130 işçinin 53'ünün sözü edilen sendikaya üye olduğunu saptamış ve işletme toplu iş sözleşmesi bağlanabilmesi için aranan yüzde kırkılık çoğunluğun sağlandığı gerekçesiyle olumlu yetki tespitinde bulunmuştur. Bunun üzerine davacı işveren, olumlu yetki tespit belgesinin iptalini talep etmiştir. Davacı şirket vekili savunmasında müvekkil şirketin genel merkezle birlikte toplamda on adet fabrika ve diğer işyerlerinden oluşan bir fabrika olduğunu; genel müdürlük ile diğer işyerlerinin birbirinden bağımsız düşünülmemeyeceğini, işletmeyi oluşturan on işyerinde 412 işçi çalıştığını ve yetki tespitinin bu sayı üzerinden yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca davacı şirket vekili savunmasında tespit bu sayı üzerinden yapılması gerektiğini belirtse de birimlerin tek bir işyeri mi işletme mi teşkil ettiği konusunda ilk olarak *“10 adet fabrika ve diğer işyerlerinden oluşan bir işletme teşkil ettiğini”* belirtse de savunmanın devamında *“olayda işletmeden söz edilmesi halinde sendikanın %40, işyerinden söz edilmesi halinde ise sendikanın %50 çoğunluğa sahip bulunmasında zorunluluk olduğunu”* belirtmiştir. Bu bakımdan tahminen her iki durumda da 412 işçi üzerinden hesaplama yapılması durumunda davalı sendikanın yetki koşullarını sağlayamayacağı düşünülmektedir. İlk derece mahkemesi yetki belgesinin iptaline karar vermiş ise de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işyeri mi işletme mi olduğu tespitinin araştırılması gerektiğini belirtmiş ve bozma kararı vermiştir. Bozma sonrası ilk derece mahkemesi bu defa da yetki belgesinin iptaline ilişkin davayı reddetmiştir. Kararın tekrar temyizi sonucu somut olay tekrar 9. Hukuk Dairesi tarafından incelenmiştir. Yüksek Mahkeme kararında yetki tespitine konu üç birimin ayrı işyerleri olmayıp tek bir işyeri sayılması gerektiğini ve bu nedenle de davalı sendikanın yetkili olabilmesi için işçilerin yarıdan fazlasının ilgili sendika üyesi olması gerektiğini ancak somut olay bakımından bu koşulun sağlanamadığını belirterek yetki tespiti işleminin iptaline karar vermiştir⁷⁴. Dikkat edilecek

⁷⁴ Y.9HD, 21.10.2021, E. 2021/10449, K.2021/14734, Kazancı.

olursa başlangıçta davacı işverenin savunması işletmeye dahil farklı işyerlerinin de bulunduğu ve bu yerlerin de yetki tespitinde dikkate alınması gerektiği hususu iken (devamında işyeri olarak kabul edilirse diye o duruma da kapı aralansa ve Yüksek Mahkeme kararında “Somut uyumsuzlukta davacı işveren tarafından, yetki tespitine esas alınan birimlerin tek bir işyeri niteliğinde olduğu ve sendika tarafından yarından fazla çoğunluğun sağlanması gerektiği iddia edilmektedir.” diye ifade edilse de) devamında işletme değil, işyeri olduğu sonucuna ulaşılmış ve sendika yetkisiz hale gelmiştir⁷⁵. Kararı inceleyen Özkaraça, Yargıtay’ın işletme ve bağlı yer itirazlarını ancak kayıtlarda aynı işkolunda olan yerler bakımından araştırdığını bunun dışında görünüşte farklı işkolunda olan yerler açısından bu itirazları dikkate almadığını belirtmektedir. Özkaraça’ya göre işkolu tespiti bakımından bağlı yer ya da işletme dikkate alınmaz zira işkolu tespiti açısından işyeri kavramı merkez kavramdır. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme’nin bu kararda ve son zamanlarda vermiş olduğu diğer kararlar⁷⁶, 6356 sayılı Kanun’da belirtilen esaslara aykırılık teşkil eder⁷⁷. Yargıtay’ın bu tutumu işyerinin belirlenmesi meselesinin toplu iş ilişkileri açısından ilk adım olduğu yönündeki yorumumuza aykırı düşmekte ve salt kayıtlar üzerinden hareket edilerek bu zincir kırılmaktadır. Dolayısıyla bu belirleme bakımından salt kayıtlara itibar edilmesi, yanlış işkolu tespitine ve buna bağlı sendikal örgütlenme ile toplu iş sözleşmesi türünün farklılaşmasına sebep olmaktadır. Örneğin bağlı yer niteliğinde olması gereken bir yerin ayrı işyeri olarak bildirilmesi ve bu nedenle farklı işkolunda yer alması durumunda salt kayıtlardan hareket edilmesi nedeniyle bu yerlerin tek işyeri teşkil ettiği savunması incelemeye tabi tutulmayacaktır. Burada bağlı yerde çalışan

⁷⁵ Ercüment Özkaraça, “Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesi”, *Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Dergisi*, S. 144 (2022): 5.

⁷⁶ Bu yönde bir karara göre “İnceleme konusu davada, işverenin farklı bir işkolunda yer alan başkaca bir birimin de yetki tespitinde nazara alınması gerektiği iddiası, esas itibarıyla itiraz konusu birim bakımından işkolu itirazı niteliğindedir. Yukarıda belirtilen açık düzenleme gereği, bu itiraz mevcut yetki uyumsuzluğunda ileri sürülemez ve bu talep ancak bir sonraki dönem için geçerli olabilir. Diğer taraftan, hukuk devleti kavramı çerçevesinde “hukuki belirlilik” ve “hukuki öngörülebilirlik” ilkeleri nazara alındığında, uyumsuzluğun yetki tespiti için başvuru tarihindeki hukuki duruma göre değerlendirilmesi gerektiği de tartışmasız olup, bu anlamda olmak üzere başvuru tarihi itibarıyla farklı işkollarında yer alan birim yahut işyerlerinin tek bir işyeri yahut işletme niteliğinde kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim işçi sendikasının Bakanlık kayıtlarına güvenerек örgütlenme faaliyetini yürüttüğü ve çoğunluk tespitine dair talepte bulunduğu gözetildiğinde, yetki tespit başvuru tarihinden sonra ileri sürülen işkolu itirazının dikkate alınması yukarıda belirtilen ilkelere aykırılık teşkil edecektir. Bu itibarla davacı işverenin farklı işkolunda yer alan işyerinin de dikkate alınması gerektiğine dair itirazı dikkate alınamaz. Son olarak belirtmek gerekir ki, (1090279) sicil numaralı birimde başvuru tarihi itibarıyla işçi çalışmadığından işyeri niteliğini haiz olmayan söz konusu birim yetki tespitine esas alınamaz ise de, yetki tespitinin sadece (1014624) sicil numaralı işyerine ve işyeri toplu iş sözleşmesine ilişkin bulunduğu ve bu esaslar doğrultusunda sendikanın başvuru tarihi itibarıyla yarından fazla çoğunluğu sağladığının da anlaşılmasına göre, sonuç itibarıyla davanın reddine karar verilmesi isabetlidir.”. Y.9HD, 15.10.2020, E. 2020/2167, K. 2020/12192, Kazancı.

⁷⁷ Özkaraça, “Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesi”, 6.

işçiler, esasen gerçekte olması gerekenden farklı bir işkolunda gözüktüklerinden faaliyetlerine yabancı bir sendikaya üye olmak zorunda kalacaktır. Yargıtay'ın bu uygulamasına son bölümde ayrıca değinilecektir.

Çalışmamızda sıklıkla belirtmeye çalıştığımız üzere işyerinin sınırlarının belirlenmesinde toplu iş ilişkilerinin amacı da gözetilmelidir⁷⁸. İşyerinin sınırlarının çizilmesi meselesi, toplu iş ilişkileri bakımından esasen ortak menfaat ve sorunları olan işçilerin bir toplu iş sözleşmesi ünitesi oluşturması noktasında önemlidir. Doktrinde de işyeri kavramının işçilerin birlikte çalışıp ortak menfaat ve sorunlara sahip oldukları, sendikal örgütlenmenin de bu ortak menfaat ve sorunları çözmek amacıyla söz konusu olduğu belirtilmektedir⁷⁹. Bunun bir yansıması da toplu iş sözleşmesi ünitesinin de ortak sorun ve menfaatlere sahip olan işçileri kapsaması gerekliliğidir. Bu nedenle bağlı yerin tespitinde birimlerdeki işçiler arasında ortak menfaat bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır⁸⁰. Coğrafi yakınlık meselesi bu ortak menfaatin tespiti açısından yetersiz kalmakta; yönetimde birlik ilkesinin işçilerin ortak menfaat ve iş birliğine ihtiyaç duyup duymadıkları ölçütü çerçevesinde de irdelenmesi gerekmektedir⁸¹. Bağlı yer olarak değerlendirilen birimde çalışan işçilerin bağımsız olarak belirlenecek işkolunda faaliyet gösteren sendikaya üye olamamasının meşru hale gelebilmesi için bu menfaat birliğinin elzem olduğu isabetle belirtilmektedir⁸².

Yüksek Mahkeme konuya ilişkin güncel bir kararında da yine işyerinin sınırlarının çizilmesinde toplu iş hukukunun özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiş; somut olay bakımından birimlerin farklı il ve ilçelerde bulunması ve çalıştırılan işçi sayısının fazlalığı karşısında yönetimde birlik ölçütünün sağlandığından söz edilemeyeceğini belirterek söz konusu birimlerin ayrı işyeri olduğu sonucuna ulaşmıştır. Karara göre⁸³ “*Somut uyuşmazlıkta, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 24/05/2019 başvuru tarihi itibariyle davacıya ait 97 birimin işletme teşkil ettiği, işletmede toplam 768 işçi çalıştığı ve 365 sendika üyesi bulunduğu gerekçesiyle davalı sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmek gerekli çoğunluğu sağladığına dair 28/05/2019 tarih ve 1376068 Sayılı olumlu*

⁷⁸ Doğan Yenisey, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, 56-57; Baycık, “6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi”, 247.

⁷⁹ Doğan Yenisey, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, 56-57.

⁸⁰ Baycık, “6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi”, 247; Doğan Yenisey, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, 56-57.

⁸¹ Doğan Yenisey, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, 57.

⁸² Doğan Yenisey, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, 57; Gaye Burcu Yıldız, “Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 20 (2010): 138.

⁸³ Y.9HD, 12.01.2022, E. 2021/12327, K. 2022/231, Kazancı. Ayrıca Göktaş, Yılmaz, “Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme”, 1191-1192.

yetki tespit kararı verilmiştir. Bununla birlikte toplu iş hukuku bağlamında işyerinin sınırları ile bağlı yerlerin belirlenmesi için normun koruma amacından hareket edilmesi de bir zarurettir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, işçilerin ortak çalışmaya dayalı menfaat birliğinin mevcudiyeti ile birlikte çalışmaya müstenit dayanışma olgusu da göz ardı edilemez (DOĞAN YENİSEY, Kübra: *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, İstanbul 2007, s. 371-372; YILDIZ, Gaye Burcu: *‘Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi’ Sicil, S: 20, Aralık 2010, s. 138*). Bu itibarla birimler arasındaki coğrafi yakınlık durumu da işyerinin sınırları ve işyerine bağlı yerlerin yahut bağımsız işyerlerinin tespiti bakımından dikkate alınması gereken bir unsurdur. Bu açıklamalara göre, yetki tespitine esas alınan birimlerin geneli itibariyle farklı il ve ilçelerde bulunduğu ve ayrıca yetki tespitine esas alınan işçi sayısının da 768 olduğu gözetildiğinde tüm birimlerin tek bir işyeri niteliğinde olduğunu kabul etmek olanaklı değildir. (...) Dosya içeriğine göre sendikanın %40 çoğunluğu sağladığı da açık olduğundan, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir.”

İrtibat büroları, satış birimleri, idari birimlerin ayrı işyeri teşkil edip etmediği konusunda Yüksek Mahkeme bu birimlerin üretim biriminin girdiği işkoluna dahil olmaları gerektiğini belirtmekte ve esasen ayrı işkolu tespitinin söz konusu olabileceği yerleri işyerinde yürütülen asıl işin dahil olduğu işkolunda sayarak bu yerlerin bağlı yer olduğu sonucuna ulaşmaktadır⁸⁴. Burada bazı içtihatlarda Yüksek Mahkeme, coğrafi uzaklığı da önemsememekte ve üretimin yapıldığı yer ile idari birim arasında çok uzak mesafe bulunsa da tek işyeri olduğu sonucuna ulaşabilmektedir⁸⁵. Konuya ilişkin 2822 sayılı Kanun döneminde verilen ancak güncel mevzuatımız açısından da önem taşıyan bir kararda İskenderun’da üretim yapılan ancak idari merkezin Ankara’da olduğu bir uyuşmazlıkta işkolunun tespiti bakımından asıl işin dikkate alınması gerektiğini belirtilmiş; tek işyeri olduğu sonucuna ulaşılarak işletme niteliğinin söz konusu olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır⁸⁶. Karara ilişkin değerlendirmelerde bulunan Yıldız’a göre somut olay açısından birisi Ankara’da birisi İskenderun’da olan yerlerin aynı yönetim altında örgütlendiğinden bahsetmek mümkün değildir. Zira burada coğrafi mesafe aynı yönetim altında örgütlenmeye engel teşkil etmese de somut olaydaki gibi işçilerin “menfaat ve dayanışma” birliğinin söz konusu olmasından da bahsedilemeyecektir⁸⁷. Bizce de Yüksek Mahkeme’nin coğrafi mesafe meselesi ile ilgili yerlerde çalışan işçiler arasında ortak menfaat ve sorunların olup olmadığı ölçütlerinin bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir. Çoğu zaman her iki ölçüt arasında pozitif

⁸⁴ Doğan Yenisey, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, 55.

⁸⁵ Doğan Yenisey, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, 55.

⁸⁶ Y.9HD, 02.03.2010, E. 2010/7567, K. 2010/5638, Kazancı.

⁸⁷ Yıldız, “Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi”, 138.

korelasyon olduğunu da söylemek mümkündür. Zira mesafenin uzaklığı, işçiler arasında koordinasyon ve ortak menfaat ve sorunları çözmeye yönelik örgütlenmeyi de zayıflatacaktır. Ancak bu ölçütlerin somut olay çerçevesinde titizlikle incelenmesi gerektiği de açıktır.

IV. İŞYERİ KAVRAMININ SINIRLARININ BELİRLENMESİNİN ÖNEMLİ YANSIMALARI

Çalışmamızın temel amacı, işyeri kavramının 6356 sayılı Kanun bakımından taşıdığı öneme vurgu yapabilmektir. Bu bakımdan sendikaların örgütlenme düzeyi, işkolunun tespiti, toplu iş sözleşmesinin türü, toplu iş sözleşmesi yetkisi ve toplu iş sözleşmesinin uygulanması açısından işyeri kavramı merkez kavramdır.

A. SENDİKAL ÖRGÜTLENME DÜZEYİ BAKIMINDAN

Sendikal örgütlenme düzeyi, toplu iş ilişkileri bakımından toplu pazarlık sürecini doğrudan ilgilendirmektedir⁸⁸. Birbiriyle bu derece bütüncül yorumlanması gereken kavramların merkezinde ise işyeri kavramı yer almaktadır. Sendikalar örgütlenme düzeyi bakımından meslek esasına göre, işkolu esasına göre ya da işyeri esasına göre örgütlenmektedir⁸⁹. Sendikaların örgütlenme düzeyine ilişkin kurallar, ülkelerin sosyo-ekonomik kurallarıyla doğrudan ilişkilidir⁹⁰. Sendikal örgütlenme düzeyinin ilki olan ve tarihsel süreçte ilk örgütlenme biçimi olarak nitelenen meslek esasına dayalı örgütlenmede aynı meslekte olan kişiler, çalıştıkları işyeri ya da işkolundan bağımsız şekilde örgütlenmektedir⁹¹. Meslek esasına göre sendikalaşma, işyeri ya da işkolundan bağımsız salt aynı mesleği çalışan kişilerden hareket edilmesi, çalışanlar arasında dayanışma sağlanamamasına sebebiyet vermiş ve yine toplu iş sözleşmesi ünitesine dahil olabilmek bakımından kapsamı oldukça dar bir gruba yönelik olduğundan birçok ülkede terkedilmiştir⁹². Sendikal örgütlenme düzeylerinden bir diğeri olan işkolu esasına dayalı örgütlenmede kişilerin meslekleri ya da yaptıkları iş esas alınmamakta; benzer ekonomik faaliyetleri yürüten işyerlerinin oluşturduğu işkolu, örgütlenmeye esas olmaktadır⁹³. İşkolu esasına göre sendikalaşma bakımından çalışanlar, işyerinde yürütülen faaliyete göre belirlenen işkolunda örgütlü sendikalara üye olabilmektedir⁹⁴. Sendikal örgütlenme düzeylerinin bir diğeri ise işyeri esasına dayalı örgütlenmedir. İşyeri esasına dayalı örgütlenmede temel kavram işyeri olup aynı işyerinde çalışan kişilerin sendika

⁸⁸ Talat Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), 68.

⁸⁹ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 40.

⁹⁰ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 37.

⁹¹ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 41.

⁹² Baycık, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", 211.

⁹³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 863.

⁹⁴ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 21.

kurabilmesi, yalnızca bu işyerinde çalışan işçilerin sendikaya üye olabilmesi söz konusu olmaktadır⁹⁵. İşyeri esasına dayalı örgütlenmede işyeri esas alınmış olup işyeri kapsamında bulunmayan yerlerde çalışanlar faaliyetleri aynı ya da benzer faaliyetleri de yürütse, o işyerinde kurulu sendikaya üye olamamaktadır. Her işyeri açısından ayrı sendikal örgütlenmenin söz konusu olması, sendika sayısını çoğaltacaktır. İşyeri sendikalarının özellikle baskı unsuru oluşturmaması ve işveren güdümüne girebilmesi sakıncalarına dikkat çekilmektedir⁹⁶.

Tarihsel anlamda baktığımızda 274 sayılı Kanun sendikal örgütlenme düzeyi olarak hem işyeri hem de işkolu düzeyinde örgütlenilebilmesine imkân tanımıştır⁹⁷. Bu durumun üyelik ve toplu iş sözleşmesinin uygulanması açısından karışıklıklar yarattığı belirtilmekteydi⁹⁸. 2821 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sendikaların işkoluna göre ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacıyla kurulabilecekleri belirtilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise işkolu esası pekiştirilerek meslek esası ya da işyeri esasına dayalı olarak sendika kurulmasının mümkün olmadığı düzenlenmesine yer verilmiştir. Belirtelim ki sendika hakkı anayasal anlamda da güvence altında olsa da sendikal örgütlenme düzeyine ilişkin herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir⁹⁹. 6356 sayılı Kanun düzenlemesinde ise işkolu esası, sendika tanımı içerisinde yer almıştır¹⁰⁰. Bu bakımdan her ne kadar meslek ya da işyeri esasına dayalı sendikalaşmayı engelleyici bir düzenleme yer almasa da işkolu esası sendika tanımı içerisinde yer aldığından 6356 sayılı Kanun bakımından da işyeri ya da meslek esasına dayalı örgütlenmenin söz konusu olamayacağı dile getirilmektedir¹⁰¹. Toplu iş sözleşmesi ehliyetinin işkoluyla sınırlanması karşısında yasaklama getirilmemesinin bir anlamı olmayacağı zira yalnızca işkolu düzeyinde örgütlenen sendikaların toplu iş sözleşmesi bağtlayabileceği belirtilmektedir¹⁰². Belirtilmelidir ki doktrinde bu konuda ayrıca özel bir yasaklayıcı düzenleme getirilmemesi ve 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 4. fıkrasında iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı olmak üzere taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişilere de Kanun'un ikinci ve altıncı bölümlerinin uygulanacağını belirtilmesi karşısında hukukumuzda sınırlı düzeyde de olsa meslek esasına dayalı sendikal örgütlenmeye izin verildiği sonucuna ulaşılabilecektir¹⁰³. Bu durumda *Baycık'a* göre 6356 sayılı Kanun'un sendika tanımında

⁹⁵ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 70.

⁹⁶ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 37.

⁹⁷ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 43.

⁹⁸ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 43.

⁹⁹ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 57.

¹⁰⁰ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 60.

¹⁰¹ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 25 vd.

¹⁰² Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 44.

¹⁰³ Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", 47.

işkolu esasına yer vermesi ve 8. maddede sendikaların tüzüğünde bulunması gereken hususlar arasında faaliyette bulunacakları işkoluna yer verilmesi karşısında bir meslek grubuyla örtüşen işkolunun bulunması da pek mümkün olmadığından en benzer işkolunu tüzükte faaliyet alanı olarak belirtmek durumunda kalacaklardır¹⁰⁴. Tüzükte bu yönde bir işkolu belirlemesine gidilmemesi ya da gidilememesi durumunda ise sorunun Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası çerçevesinde uluslararası düzenlemeler esas alınarak çözüme kavuşturulması gerekmektedir¹⁰⁵.

2821 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sendikaların işkolu düzeyinde örgütlenmesi gerekliliğinin yanı sıra Türkiye çapında faaliyette bulunması gerekliliğine de yer verilmiştir. 6356 sayılı Kanun bakımından da işkolu esasına dayalı sendikal örgütlenme söz konusudur ancak 2821 sayılı Kanun'da yer alan Türkiye çapında faaliyette bulunma şartına yer verilmemiştir. Bu noktada işyeri düzeyinde sendikal örgütlenmenin de 2821 sayılı Kanun düzenlemesinin aksine açıkça yasaklanmaması karşısında 6356 sayılı Kanun bakımından sendikaların işyeri düzeyinde örgütlenmelerinin mümkün olup olmadığı meselesi tartışılmıştır. 6356 sayılı Kanun düzenlemesinde Türkiye çapında faaliyette bulunma koşuluna yer verilmemesinin bölgesel düzeyde sendika kurulabilmesine imkân tanıdığı ifade edilmektedir¹⁰⁶. Yine bu hükmün kaldırılması nedeniyle ülkemizde işyeri düzeyinde sendika kurulmasının yasak olmadığı belirtilmektedir¹⁰⁷. Ancak işyeri düzeyinde kurulan ve yalnızca söz konusu işyerinde çalışan işçileri üye kabul eden sendikanın 41. maddede yetki bakımından ön şart olan işkolu barajını sağlayabilmesi de zorlaşacaktır¹⁰⁸. Ancak bize göre sendikaların temel gayesi, toplu iş sözleşmesi yetkisi alabilme olsa da¹⁰⁹ işyerinde faaliyet gösteren bir sendikanın işkolu barajını geçmesi mümkün olup işkolu barajını geçememiş olması hiçbir halde geçmeyeceği anlamına da gelmeyecektir. İşkolu barajını geçen sendikanın örgütlü olduğu işyerinde çoğunluğu sağlaması, işkolu barajına kıyasla daha kolay olacaktır. Bu noktada 6356 sayılı Kanun'da Türkiye çapında faaliyet gösterme

¹⁰⁴ Baycık, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", 213.

¹⁰⁵ Baycık, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", 213.

¹⁰⁶ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 39; Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", 46. Anayasa Mahkemesi'ne göre "İşkolu sendikacılığı, işyerindeki temel faaliyetin esas alındığı bir örgütlenme modeli olup, sendika işkolu esasına dayalı olarak kurulur ve mesleklerini dikkate almaksızın o işkolunda çalışan bütün işçilerin örgütlenmesini amaçlar. Bu çerçevede ele alındığında işkolu, örgütlenmenin hedefleri ve faaliyet alanı ile doğrudan ilgilidir. İşkolu düzeyinde örgütlenmiş sendikalar faaliyetlerini yerel, bölgesel veya ulusal farklı düzeylerde yürütebilir.". AYM, 22.10.2014, E. 2013/1, K. 2014/161.

¹⁰⁷ Baycık, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", 219.

¹⁰⁸ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 39; Baycık, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", 221.

¹⁰⁹ Baycık, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", 221.

koşuluna yer verilmemesinin bir önemi bulunmadığı zira sendikanın tanımından ve 8. maddede kuruluşların tüzüklerinde aranması gereken hususlar arasında sendikanın faaliyet gösterdiği işkolunun da yer alması nedeniyle Kanun'un "*teknik anlamda işyeri düzeyinde sendika kurulmasını*" dışladığı söylenebilecektir¹¹⁰. Kanaatimizce de işkolunun sendika tanımı içerisinde yer almasının bir sonucu olarak sendikal örgütlenme düzeyinin, teorik çerçevede işkolu esası dışında, olması olanaksızdır. Ancak işkolunda faaliyette bulunmak üzere kurulmakla fiilen faaliyette bulunmak arasında fark vardır. Sendika işkolu esasına göre kurulduğu zaman teknik anlamda sendika niteliğini kazanır¹¹¹. Sendika niteliğinin kazanılmasından sonra sendika işkolu kapsamında yer alan tek bir işyerinde faaliyetini sürdürebilir. Belirtelim ki 2821 sayılı Kanun düzenlemesinde Türkiye çapında faaliyette bulunma amacından bahsedilmiştir. Bu bakımdan mülga kanun bakımından da amaç ülke çapında faaliyette bulunmak olsa da fiilen bölgesel düzeyde faaliyette bulunmasını kısıtlayıcı bir durumun söz konusu olmadığı sonucuna ulaşılması gerektiği kanısındayız¹¹².

B. İŞKOLU TESPİTİ BAKIMINDAN

6356 sayılı Kanun sendika kavramının tanımında işkolu esasına yer vermiş ancak işkolu kavramı açıkça tanımlanmamıştır¹¹³. Doktrinde işkolu kavramı genel olarak nitelikleri bakımından birbirine benzer faaliyetlerin gruplandırılması ve bu gruplandırmaların sonucuna göre ortaya çıkan iktisadi faaliyet türlerinin isimlendirilmesi anlamına geldiği belirtilmektedir¹¹⁴. İşkoluna ilişkin tanımların özünde benzer ekonomik faaliyetler terimi yer almaktadır¹¹⁵. İşyerinde üretilen mal ve faaliyetlerin gruplandırılması noktasında yüzde yüz özdeşlik doğası gereği söz konusu olamayacağından bu faaliyetler genel anlamda gruplandırılmakta ve işyerlerinin yürüttüğü faaliyet, bu kategoriler arasından belirlenmektedir.

İşkolunun belirlenmesinde işyerinde yürütülen faaliyet esas alınmaktadır. Bu bakımdan işyerinde izlenen teknik amaç, işkolu belirlemesinin de konusunu oluşturmaktadır¹¹⁶. İşkolunun belirlenmesinde işyeri kavramının merkez kavram olduğu yargı kararlarında da belirtilmektedir. Nitekim bu yönde bir karara göre¹¹⁷ "*İşkolu kavramı sendikaların faaliyet alanlarını belirleyen temel bir ögedir. Birbirine benzer*

¹¹⁰ Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", 46.

¹¹¹ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 60.

¹¹² Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 58. 2821 sayılı Kanun döneminde faaliyetin Türkiye çapında mı yürütüldüğü noktasında bir denetim de söz konusu değildi. Bkz. Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", 46.

¹¹³ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 44; Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 88.

¹¹⁴ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 44.

¹¹⁵ Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", 50.

¹¹⁶ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 88 vd.

¹¹⁷ Y.9HD, 24.12.2020, E. 2020/8038, K. 2020/19974, Legalbank.

işler bir hukuki kalıp altında toplu iş hukukuna sunulmaktadır. İşkolu tespitinde birim olarak işyerinin esas alınacağı normatif düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur.”.

İşkollarının belirlenmesi tarafların tasarrufuna bırakılmayıp, 6356 sayılı Kanun’a ekli 1 sayılı cetvelde belirtilmiştir¹¹⁸. Mal veya hizmet üretimine ilişkin faaliyetlerin hangi işkoluna dahil olduğu konusu ise 6356 sayılı Kanun’un 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan atıf dolayısıyla çıkarılan İşkolları Yönetmeliği¹¹⁹’nde düzenlenmektedir. Bu Yönetmelik’te genel olarak mal veya hizmet üretimine ilişkin faaliyetler (örneğin, et ve et ürünlerinin toptan ticareti, dergi ve süreli yayınların yayımlanması gibi) belirtilerek işyeri ve işyerlerinde izlenen teknik amaç unsuru ön plana çıkarılsa da 20 no.lu işkolu olan genel işler işkolu kapsamında olduğu belirtilen “*Belediye Hizmetleri*” gibi faaliyetten ziyade işverenin esas alındığı sınıflara da rastlanmaktadır¹²⁰. Bu durumun işkolu tespitinde işyerinde yürütülen faaliyetin esas alınması esasına uymadığı açıktır. Bu durum ve işveren esas alınarak sınıflandırma yapılan durumların eleştiri konusu yapılması doğal olsa da biz çalışmamızın kapsamı bakımından bu duruma işaret etmekle yetiniyoruz¹²¹.

Bir işyerinin hangi işkoluna girdiğinin tespiti, mahkemelerce değil Bakanlık tarafından yapılmaktadır¹²². Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti ilgililerce her zaman talep edilebilir¹²³. İşkolu tespiti talebi, yetki tespitinden önce söz konusu olabileceği gibi yetki itirazı aşamasında da gündeme gelebilir¹²⁴. 6356 sayılı Kanun’un 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.*”. Kanun koyucu bu düzenlemeyle yetki sürecinin kötüniyetli işkolu itirazları sebebiyle uzamasını önlemeyi amaçlamıştır¹²⁵. Bu konuyu aşağıda yetki tespiti sürecinde bağlı yer ve işletme niteliğine ilişkin itirazlar bakımından incelemeye çalışacağız.

¹¹⁸ 6356 sayılı Kanun öncesinde 28 olan işkolu sayısı 6356 sayılı Kanun düzenlemesiyle 20’ye düşürülmüştür.

¹¹⁹ R.G., 19.12.2012, S. 28502.

¹²⁰ Bu hükmün uygulanmaktan kaçınılması ve işkolu uyuşmazlıkları bakımından davayı gören mahkemelerin belediyeye ait iş somut olarak esas alınarak hangi işkoluna girdiğinin belirlenmesi gerektiği görüşü için Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 115.

¹²¹ 14 no.lu “Enerji” işkoluna dahil edilen “Devlet Su İşleri” ile 19 numaralı “Savunma ve Güvenlik” işkolu kapsamında yer alan “Milli Savunma, Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı ile ilgili her türlü askeri işyerleri” sınıflandırmalarında da işveren esas alınmıştır. Bu sınıflandırmaların eleştirisi için Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 115.

¹²² Bakanlığa işkolu tespiti talebinde bulunmadan iş mahkemesinde dava açılarak işkolu tespiti talebinde bulunulamaz. Bkz. Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 68-69.

¹²³ İşkolu tespiti talebinde işyerinde çalışan işçilerin yanı sıra ilgili işverenler ve ilgili işçi ve işveren sendikaları da işkolu tespiti talebinde bulunabilir. Konuya ilişkin Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 77 vd.

¹²⁴ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 73.

¹²⁵ Doğan Yenisey, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, 61.

İşkolu açısından işyeri kavramı esas alınmıştır¹²⁶. Konuya bu açıdan bakılacak olursa işyeri kavramının sınırlarının belirlenmesinin önemi bir kez daha ortaya çıkaracaktır. Zira işkolu açısından işyeri kavramı esas alındığından işyerine bağlı yerler bakımından ayrı işkolu tespitine gidilmeyecek; işyerinin tamamı bakımından tek bir işkolu tespitinde bulunulacaktır¹²⁷. Bu bakımdan bağlı yerlerin bağımsız olarak işkoluna konu edilmesi mümkün değildir. Bir yerin bağlı yer niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılması durumunda ise birden fazla işyerinden söz edileceğinden bu yerlerde yürütülen mal ve/veya hizmet üretimi dikkate alınarak ayrı işkolu tespiti yoluna gidilmelidir¹²⁸. Ayrıca işletme kavramının toplu iş sözleşmesi ünitesi olması dışında özel bir anlamı bulunmaması karşısında işkolu tespitinin işletme düzeyinde de yapılmaması gerektiği açıktır¹²⁹. Bu bakımdan işletme toplu iş sözleşmesi bağitlanabilmesi için gereken aynı işkolunda birden fazla işyeri bulunması şartı, ilgili yerin bağlı yer olup olmadığı tespiti ve bağlı yer olmadığı sonucuna ulaşılmasının ardından bağımsız işkolu tespitinin yapılması sonrası gündeme gelecektir. İşverenin birden fazla işyerinin tek bir işkolu tespitine konu olması, işkolunun belirlenmesinde işyerini merkeze alan 6356 sayılı Kanun düzenlemesi ile uyumlayacaktır¹³⁰. Nitekim Yüksek Mahkeme de içtihatlarında bu hususu vurgulamaktadır¹³¹.

6356 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca "*Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin girdiği işkolundan sayılır.*". Dolayısıyla işkolu tespitinde "*asıl iş*" esas alınacak ve "*yardımcı iş*" olarak nitelendirilen işlerde çalışanlarda asıl işin girdiği işkolundaki sendikaya üye olabilecektir¹³². Asıl iş, işyerinde üretilen mal veya hizmet üretimini ifade eden teknik amaçtır¹³³. Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan, teknik amacın meydana gelmesi noktasında olmazsa olmaz işler de asıl iş kapsamına dahildir. Yardımcı iş ise asıl iş dışında kalan teknik amacın bir halkası olmayan diğer bir ifadeyle teknik amacın gerçekleşmesi bakımından sürece doğrudan dahil olmayan işlerdir¹³⁴. Yardımcı işler, işyerinde yapılan işle tabii bir bağlantı içerisinde olsa da teknik amacın gerçekleşmesi için

¹²⁶ 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen "*Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti.*" ifadesi ve yine 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin girdiği işkolundan sayılır.*" ifadesinden 6356 sayılı Kanun'un işkolu tespitinde işyerini esas aldığı sonucuna ulaşılabilir. Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 89.

¹²⁷ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 90.

¹²⁸ Özkaraca, "Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesi", 6.

¹²⁹ Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", 57.

¹³⁰ Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", 57; Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 120.

¹³¹ Y.22HD, 09.11.2015, E. 2015/30074, K. 2015/30393, Çalışma Toplum.

¹³² 6356 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 4. fıkrası uyarınca "*Bir işyerinde yardımcı işlerde çalışan işçiler de işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir.*".

¹³³ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 119.

¹³⁴ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 119; Baycık, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", 242.

olmazsa olmaz değildir¹³⁵. Doktrinde üretilen ürünlerin paketlenmesi, depolanması gibi işlerin yardımcı iş olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir¹³⁶. Bu noktada teknik amaç, ürünün üretilmesi ile tamamlanmıştır. Teknik amacın gerçekleşmesinin ardından söz konusu olan işler, yardımcı iş olarak nitelendirilebilir. İşyerlerinde birbirinden farklı mal ve/veya hizmet üretiminin söz konusu olması durumunda işkolunun nasıl belirleneceği konusunun tartışılması gerekmektedir. Zira birden fazla teknik amaç da söz konusu olsa tek bir işyeri varsa tek bir işkolu belirlmesine gidilmelidir. Mevcut sistemimiz açısından işyerinin birden fazla işkolunda faaliyette bulunması gibi bir durum söz konusu olamaz¹³⁷. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde baskın faaliyetin belirlenmesi ve işkolu tespitinin de bu faaliyete göre yapılması gerektiği belirtilmektedir¹³⁸. İşyerinde baskın olan faaliyetin tespitinde mal ve/veya hizmet üretimine ilişkin yatırımların dağılımı, iş organizasyonu açısından yapılan işlerin ağırlığı, yapılan üretim zincirlerinde geçirilen zaman dilimi, teknik amaçların gerçekleşmesi için çalışan işçi sayıları, üretimde kullanılacak araç gereçler ve bu araç gereçlerin hangi teknik amaç açısından yoğunlaştığı gibi esaslar dikkate alınmaktadır¹³⁹. Yüksek Mahkeme de kararlarında bu ölçütleri somut olaya göre değerlendirmekte ve somut duruma özgü farklı ölçütleri ön plana çıkarabilmektedir¹⁴⁰. Dolayısıyla toparlayacak olursak sendika tanımı içerisinde yer alan ve toplu iş ilişkilerinin birçok noktasında doğrudan ya da dolaylı olarak etkide bulunan işkolunun tespiti için öncelikle işyerinin sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. İşyerinin sınırları belirlendikten sonra eğer tek bir işyeri söz konusu ise bağlı yerler bakımından ayrı bir işkolu tespiti yapılmayacak; işyerinde yürütülen asıl iş dikkate alınarak işkolu tespitine gidilecektir. Dolayısıyla tek bir işyerinin söz konusu olmadığı durumlarda asıl iş- yardımcı iş ayırımına gidilmesine de gerek olmamakta; her bir işyeri açısından bağımsız olarak asıl işin belirlenmesi gerekmektedir.

¹³⁵ Asıl iş- yardımcı iş kavramının ayırt edilmesinin önemli olduğu bir diğer konu da alt işverenlik ilişkisidir. 6356 sayılı Kanun bakımından asıl iş- yardımcı iş kavramı açıkça tanımlanmasa da Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde söz konusu kavramlar tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 3. maddesinde asıl iş, "*mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş*" olarak tanımlanmıştır. Yardımcı iş ise şu şekilde tanımlanmıştır: "*Yardımcı iş: İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi ifade eder*".

¹³⁶ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 119.

¹³⁷ Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", 57; Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 79.

¹³⁸ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 121.

¹³⁹ Baskın faaliyetin belirlenmesinde esas alınan kriterler ve kriterlere ilişkin yargı kararları için Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 121 vd.

¹⁴⁰ Konuyla ilgili bir olayda Yüksek Mahkeme, her ne kadar işçi sayısının depolama işinde daha fazla olmasına rağmen, faaliyetin kısa süreli olduğunu asıl amaç olan taşımacılığa hizmet ettiği yorumunda bulunmuş ve yerel mahkemenin çalışılan işçi sayısından hareketle vardığı sonucun yerinde olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Y.9HD, 09/10/2008, E. 2008/34773, K. 2008/25979, Çalışma Toplum.

C. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ DÜZEYİ VE TÜRLERİ BAKIMINDAN

Sendikal örgütlenme düzeyi, toplu iş sözleşmesi düzeyi ve türlerini doğrudan etkilemektedir¹⁴¹. Toplu iş sözleşmesi düzeyi, toplu iş sözleşmesinin hangi coğrafi alanı kapsayacağını ifade etmektedir¹⁴². Toplu iş sözleşmesinin hangi düzeyde yapılabileceği konusu sendikal örgütlenme düzeyinin yanı sıra ülkelerin sosyo-ekonomik durumlarıyla da yakından ilişkilidir¹⁴³. Anayasa’da toplu iş sözleşmesinin hangi düzeyde yapılması gerektiği konusuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁴⁴. Konunun düzenlenmesi tıpkı sendikal örgütlenme düzeyinde olduğu gibi kanun koyucunun iradesine bırakılmıştır. Bu bağlamda bakılacak olursa 275 sayılı Kanun’da toplu iş sözleşmesinin işyeri ya da işkolu düzeyinde yapılabilmesine imkân verilmiştir¹⁴⁵. Her iki düzeyde toplu iş sözleşmeye izin verilmesinin taraf sendikaların farklı olması durumunda çatışmaya yol açacağı ifade edilmekteydi¹⁴⁶. İşyeri düzeyinde toplu iş sözleşmelerinde tek bir işyerinde ya da birden fazla işyeri açısından toplu pazarlık süreci söz konusu olmakta ve bağitlanan toplu iş sözleşmesinden yalnızca pazarlığa konu işyerinde çalışanlar yararlanabilmektedir¹⁴⁷. Bu bakımdan işyeri kavramının sınırlarının belirlenmesi, doğrudan önem taşıyacaktır. İşkolu düzeyinde toplu iş sözleşmelerinde ise toplu pazarlığın kapsamını o işkolundaki işyerleri oluşturmakta ve bağitlanan toplu iş sözleşmesinden o işkolunda çalışan işçiler yararlanabilmektedir¹⁴⁸. İşkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi, aynı işkoluna giren birden fazla ya da tüm işyerlerini kapsayabilir. Bu bakımdan işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı; yerel, bölgesel, ulusal düzeyde olabilir¹⁴⁹. 275 sayılı Kanun döneminde hem işyeri hem de işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmelerine yer verilmesinin uygulama karışıklıklarına yol açtığı gerekçesiyle 2822 sayılı Kanun ve 6356 sayılı Kanun bakımından yalnızca işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi bağitlanmasına imkân tanınmıştır¹⁵⁰. Zira 6356 sayılı Kanun’un 34. maddesinin ilk fıkrasında “*Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir.*”. Bu bakımdan toplu iş sözleşmesinin işkolu düzeyinde yapılabilmesi mümkün değil-

¹⁴¹ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 67.

¹⁴² Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 235.

¹⁴³ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 67; Şahlanan, *Toplu İş Sözleşmesi*, 25.

¹⁴⁴ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 235.

¹⁴⁵ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 97.

¹⁴⁶ Bu çatışmanın çözümlenmesine ilişkin ölçütler ve baskın ölçütün işçi lehine olan düzenlemenin olduğu yönünde Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 99.

¹⁴⁷ Baycık, “6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi”, 219.

¹⁴⁸ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 102.

¹⁴⁹ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 236.

¹⁵⁰ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 103.

dir¹⁵¹. 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesine ilişkin madde gerekçesinde de toplu iş sözleşmesi düzeyi olarak işyeri düzeyinin benimsendiği açıkça ifade edilmiştir. Toplu iş sözleşmesinin coğrafi alan olarak işyeri ya da işyerlerini kapsaması, işyeri kavramının merkeze alınmasına sebebiyet vermiş ve işyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesi bu noktada doğrudan önemli bir mesele haline gelmiştir. Bu bakımdan işkolu düzeyinde bağitlanan toplu iş sözleşmesi bakımından işçinin toplu iş sözleşmesinin kişi bakımından uygulama alanına dahil olabilmesi için aynı işkolunda çalışması gerekmektedir; işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi açısından aynı işkolunun yanında (toplu iş sözleşmesi ehliyetinin işkoluyla sınırlandırılması nedeniyle) işçinin toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyeri ya da işyerlerinde çalışması da gerekecektir.

Toplu iş sözleşmesi türleri ise 6356 sayılı Kanun'da işyeri, işletme ya da grup toplu iş sözleşmesi olarak üçe ayrılmaktadır¹⁵². Toplu iş sözleşmesi düzeyinin belirlenmesinde işyeri kavramı esas alınmışken; toplu iş sözleşmesi türleri bakımından sözleşme tek bir işyerini kapsayabileceği gibi aynı işverenin aynı işkolundaki tüm işyerlerini ya da farklı işverenlere ait aynı işkolundaki işyerlerini de kapsayabilir¹⁵³. Toplu iş sözleşmesi türü bakımından işverenin tek bir işyeri söz konusuysa işyeri toplu iş sözleşmesi, birden fazla işyeri söz konusuysa ve bu işyerleri aynı işkolunda ise işletme toplu iş sözleşmesi bağitlanacaktır. Bu noktada tarafların serbestiye sahip oldukları da söylenemez. Zira işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri bulunması durumunda toplu iş sözleşmesinin türü, işletme toplu iş sözleşmesi olmak zorundadır¹⁵⁴. Görüldüğü üzere hem işyeri toplu iş sözleşmesinde hem de işletme toplu iş sözleşmesinde işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi söz konusu olmakta ve işletme toplu iş sözleşmesinin kamu düzeninden sayılması nedeniyle işyerinin sınırlarının belirlenmesi kilit öneme sahip olmaktadır. İşyeri ve işletme toplu iş sözleşmeleri açısından dikkat edilecek olursa işyeri ya da işyerlerinin “*aynı işverene ait olması*” söz konusudur. Ancak 6356 sayılı Kanun'da toplu iş sözleşmesi türleri arasına dahil edilen grup toplu iş sözleşmelerinde farklı işverenlere ait işyerlerinin aynı toplu iş sözleşmesi kapsamına yer alabilmesine imkân tanınmıştır. 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinde grup toplu iş sözleşmesinin “*işçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok*

¹⁵¹ Çerçeve sözleşmenin düzenlendiği 34. maddenin madde başlığının “*Toplu İş Sözleşmesi ve Çerçeve Sözleşmenin İçeriği*” şeklinde olması ve bu bağlamda çerçeve sözleşmeden “*toplu iş sözleşmesi*” olarak da bahsedilmemesi ile içeriğinde normatif hükümlerin yer almasının mümkün olup olmadığının belli olmaması karşısında doktrinde bu sözleşmeye şüpheyle yaklaşmıştır. Esasen belirtmeliyiz ki işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi bağitlanmasına imkân verilmemesine yönelik eleştirilerin çerçeve sözleşmesinin varlığı sebebiyle ortadan kalkması pek mümkün gözükmemektedir. Çerçeve sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin doktrin görüşleri için Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 341 vd.

¹⁵² Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 238.

¹⁵³ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 335. 6356 sayılı Kanun bakımından grup toplu iş sözleşmesine de yer verilmişken ayrıca “işyerleri” ifadesine yer verilmesinin gereksiz olduğu yorumu için Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, 123.

¹⁵⁴ Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, 138.

ıye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesini” ifade ettiği belirtilmiştir. Grup toplu iş sözleşmesinin kapsamına madde düzenlemesinden de açıkça anlaşılacağı üzere aynı işkolundaki işyeri ya da işletmeler dahil olabilecektir. Bu işyeri ya da işletmelerin farklı işverenlere ait olması da mümkün olduğundan aynı işkolundaki tüm işyerlerini kapsama alması durumunda bunun bir işkolu toplu iş sözleşmesi olacağı da belirtilmektedir¹⁵⁵. Grup toplu iş sözleşmesi kapsamına dahil edilmek istenen her bir işyeri bakımından o işyerinde sendikanın salt çoğunluğu, işletmeler bakımından ise yüzde kırklık çoğunluğu sağlaması gerekmektedir¹⁵⁶. Grup toplu iş sözleşmesi rızai bir niteliğe sahiptir¹⁵⁷. İşçi sendikası her işyeri ya da işletme için ayrı toplu görüşme çağrısında bulunsa da taraflar anlaşarak tek bir toplu iş sözleşmesi bağtlayabilirler¹⁵⁸. Ya da grup toplu iş sözleşmesi bağtlamayı amaçlayan taraflar toplu görüşme sürecinde anlaşarak işyeri ya da işletmeleri gruplandırabilir¹⁵⁹. Taraflar grup toplu iş sözleşmesine ilişkin anlaşmayı yetki sürecinden önce ya da sonra yapabilirler. Ayrıca işçi sendikası grup toplu iş sözleşmesi için yetki almış olsa da bu işyerleri için tek bir toplu iş sözleşmesi süreci yürütmek zorunda da değildir¹⁶⁰. Dolayısıyla görüldüğü üzere bir toplu iş sözleşmesi türü olarak ilk kez açık düzenlemeye kavuşan grup toplu iş sözleşmelerinde aynı işkolunda olmaları kaydıyla farklı işyerleri toplu iş sözleşmesi ünitesi oluşturabilse de yetkiye ilişkin koşulların bağımsız şekilde aranması karşısında işyerinin sınırlarının çizilmesi meselesi önemini korumaya devam etmektedir.

D. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YETKİSİ BAKIMINDAN

İşyerinin sınırlarının belirlenmesinin toplu iş hukuku bakımından doğrudan ya da dolaylı bazı sonuçları olmaktadır. Örneğin toplu iş sözleşmesi yetkisi açısından ilk adım niteliğinde olan toplu iş sözleşmesi ehliyeti bakımından ehliyetin işkolu ile sınırlanması sebebiyle işyeri dolaylı olarak önem taşımaktadır.

Toplu iş sözleşmesi bağtlanabilmesi için sendikanın ilk olarak toplu iş sözleşmesi ehliyetine daha sonra ise toplu iş sözleşmesi yetkisini haiz olması gerekir¹⁶¹. Toplu iş sözleşmesi yetkisi, toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip sendikalarından hangisinin işyerinde ya da işyerlerinde toplu iş sözleşmesi bağtlayabileceğini ifade etmektedir¹⁶². Toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından işveren tarafı

¹⁵⁵ Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, 127.

¹⁵⁶ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 335.

¹⁵⁷ Eyrenci, “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, 127.

¹⁵⁸ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 337.

¹⁵⁹ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 337; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II: Toplu İş İlişkileri*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 340.

¹⁶⁰ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 337; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II: Toplu İş İlişkileri*, 340.

¹⁶¹ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 14; İpek Kocagil Ersoy, *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*, (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2019), 28.

¹⁶² Toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkin doktrindeki diğer tanımlar için Kocagil Ersoy, *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*, 31-32.

açısından özel bir şart söz konusu değildir. Başka bir deyişle toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olan işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren aynı zamanda işyeri ya da işyerlerinde yetkiye de sahiptir. İşveren tarafı bakımından yetkinin ehliyetten başka bir şey olmadığı belirtilmektedir¹⁶³. İşçi tarafı açısından bakıldığında ise toplu iş sözleşmesi yetkisi belirli şartlara bağlanmıştır. Sendikanın toplu iş sözleşmesi bağtlayabilmesi için üç koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki toplu iş sözleşmesi ehliyetine ilişkin; diğer ikisi toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkindir. Sendikanın toplu iş sözleşmesine taraf olabilmek için ilk olarak o işyerinin teknik amacı esas alınarak belirlenen işkolunda örgütlenmiş olması gerekmektedir¹⁶⁴. Bu durum toplu iş sözleşmesi ehliyeti olarak ifade edilmekte ve yukarıda belirtildiği üzere işyerinin sınırlarının belirlenmesi burada da oldukça önem arz etmektedir. Sendikanın toplu iş sözleşmesi bağtlayabilmesi için ayrıca toplu iş sözleşmesi yetkisini haiz olması gerekmektedir. Sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisini haiz olabilmesi için iki şartın bir araya gelmesi gerekmektedir¹⁶⁵. İlk olarak ilgili işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin ilgili sendikaya üye olması gerekmektedir. Bu şarta baraj şartı denilmektedir¹⁶⁶. Baraj şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından her yıl Ocak ve Temmuz ayında yayınlanan istatistikler esas alınmaktadır¹⁶⁷.

Toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından aranan ikinci koşul ise çoğunluk koşudur. İşyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesinin doğrudan önem taşıdığı durum da burasıdır. Zira bir yerin bağlı yer mi farklı işyeri mi olduğu meselesinin çözümü kavuşturulması, bağtlanacak toplu iş sözleşmesinin uygulama alanının tespiti açısından son derece önemlidir. Bir yerin bağlı yer olarak sayılması durumunda o işyeri açısından tek bir işyeri toplu iş sözleşmesi bağtlanacaktır. Bu bakımdan da diğer şartların yanında sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisi elde edebilmesi için işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını üye buldurması gerekecektir¹⁶⁸. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında asıl yer, bağlı yer, eklenti ve araçlarda çalışan işçiler bir bütün olarak değerlendirilecektir. Bir yerin bağlı yer değil de bağımsız işyeri sayılması durumunda ise iki ihtimal söz konusu olabilecektir. Eğer farklı işyeri sayılan yerle işverenin diğer işyerleri farklı işkolunda ise her bir işyeri açısından ayrı işyeri toplu iş sözleşmesi bağtlanacağından çoğunluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediği her bir işyeri açısından ayrı ayrı incelenecektir. İşve-

¹⁶³ Kocagil Ersoy, *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*, 130.

¹⁶⁴ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 46.

¹⁶⁵ ; Kocagil Ersoy, *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*, 132 vd.

¹⁶⁶ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 269.

¹⁶⁷ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 365.

¹⁶⁸ Yabancı hukuk sistemlerinin aksine ülkemizde yetki, üyelikle ilişkilendirilmektedir. Kocagil Ersoy, *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*, 176.

renin farklı işyeri niteliğindeki yerleri aynı işkolunda ise bu durumda tek bir toplu iş sözleşmesi ünitesi oluşturulması zorunlu olduğundan işletme toplu iş sözleşmesi bağitlanması gündeme gelecektir. İşletme toplu iş sözleşmesi bakımından çoğunluk şartının gerçekleşebilmesi için ilgili sendikanın işletme kapsamındaki işyerlerinde çalışan işçilerin yüzde kırkını üye bulundurması gerekmektedir¹⁶⁹. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi bakımından çoğunluğun tespitinde işyerleri bir bütün olarak dikkate alınmaktadır¹⁷⁰. Başka bir ifadeyle örneğin aynı işkolunda yer alan üç işyerinin söz konusu olduğu bir durumda sendikanın üç işyerinde çalışan işçilerin toplamının yüzde kırkını üye bulundurması yeterli olacaktır. Sendika, işyerlerinden bazılarında çok az hatta hiç üye bulundurmasa bile toplu iş sözleşmesi yetkisini elde edebilecektir. Dolayısıyla çoğunluk şartının da farklı oranlarda arandığı dikkate alındığında işyerinin sınırlarının belirlenmesi, toplu iş sözleşmesi yetkisi açısından “doğrudan” önemli olmaktadır¹⁷¹.

Ehliyet ve yetki şartlarını taşıdığı düşünün sendika her zaman yetkili olduğunun tespiti için Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’na başvuruda bulunabilir. İşveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işverenin de yetki başvurusu yapabileceği belirtilse de pratikte bu durumun söz konusu olması pek mümkün değildir¹⁷². Sendika başvurusunda işyeri ya da işletme için toplu iş sözleşmesi bağitlamak istediğini belirtse de bu durum Bakanlık için bağlayıcı değildir¹⁷³. Zira işletme toplu iş sözleşmesi kamu düzenine ilişkin olduğundan işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri söz konusuysa Bakanlık, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki koşullarının var olup olmadığını araştıracaktır. Bakanlık, sendikanın aynı işkolunda olduğu ve işyeri ya da işletmede yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi de bulunmadığının tespiti sonrasında işkolu barajı ve çoğunluk şartı da sağlanmışsa olumlu yetki tespiti kararı verir¹⁷⁴. Bu koşullar oluşmadığının tespiti halinde ise Bakanlık olumsuz yetki tespiti kararı verir. Bakanlığın yetki tespitine ilişkin karara itiraza ilişkin temel esaslar, 6356 sayılı Kanun’un 43. maddesinde düzenlenmiştir. Bakanlığın olumlu yetki tespiti kararına işveren ya da o işkolunda örgütlü işçi sendikası itiraz edebilir¹⁷⁵. Olumsuz yetki tespitine itiraz bakımından da yetki

¹⁶⁹ Kocagil Ersoy, *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*, 233.

¹⁷⁰ Kocagil Ersoy, *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*, 243.

¹⁷¹ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 84; Kocagil Ersoy, *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*, 181; 2822 sayılı Kanun’da hem işyeri hem de işletme toplu iş sözleşmesi açısından yarımın fazla çoğunluk aranmaktaydı. Ancak çoğunluk farklı olmasına rağmen işletmeye dahil işyerlerinin bütün olarak düşünülmesi, mülga Kanun döneminde de işyerinin sınırlarının belirlenmesi konusunun kilit öneme sahip olmasına yol açmaktaydı.

¹⁷² Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 383-384.

¹⁷³ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 277.

¹⁷⁴ Sur, *İş Hukukunda Toplu İlişkiler*, 314.

¹⁷⁵ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 384.

koşullarını sağladığını düşünen ilgili sendika altı iş günü içerisinde yetkili olduğunun tespiti için dava açabilecektir¹⁷⁶. Ayrıca 6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 5. fıkrası uyarınca yetki tespitine itiraz karar kesinleşinceye kadar yetki tespiti işlemlerini durduracaktır¹⁷⁷. Yetki tespit yazısına itiraz edilmemesi, yapılan itirazın reddedilmesi ya da olumsuz yetki tespitine itiraz eden ilgili sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşılması durumunda ilgili sendikaya yetki belgesi verilmektedir¹⁷⁸. Yetki belgesi, toplu iş sözleşmesinin uygulanacağı yerleri belirlemek açısından önem taşımaktadır.

Yetki tespitine itiraz davalarında muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin ya da muvazaalı işçi alımlarının çoğunluğu etkilediği itirazlarının yanında işyerinin işkolunun farklı bir işkolu olduğu ya da işletme niteliğine ilişkin itirazlar söz konusu olabilmektedir¹⁷⁹. İşkolu itirazına ilişkin 5. maddenin 2. fıkrasında yetki tespit davalarını da ilgilendiren özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Madde düzenlemesine göre “*Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.*”. Madde düzenlemesiyle yetki tespit davalarında sıkça itiraz konusu yapılan işkolu itirazının bekletici neden yapılamayacağı düzenlenmiş ve böylelikle yetki sürecini sürüncemede bırakmayı amaçlayan itirazların sürece etkide bulunmaması amaçlanmıştır¹⁸⁰. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır. Gerekçenin ilgili kısmı uyarınca “*İkinci fıkraya göre, işyeri veya işletme için yeni dönem yetki sürecinin başlamış olması halinde, yetki başvurusundan sonraki işkolu değişikliğine ilişkin Bakanlık tespiti veya mahkeme kararı mevcut veya yapılacak toplu iş sözleşmesini etkilemeyecek, işkolu değişikliği bir sonraki dönem için geçerli olacaktır. (...) Bu hüküm ile işkolu itirazlarının toplu sözleşme yapma sürecini gereksiz şekilde uzatması ve zaman zaman bu itirazların toplu sözleşme sürecini kilitlemek için kötüye kullanılması önlenmek*

¹⁷⁶ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 384.

¹⁷⁷ Kocaçil Ersoy, *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*, 319.

¹⁷⁸ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 294.

¹⁷⁹ Gaye Burcu Yıldız, “Yetki Tespitine İtiraz Davalarında Bekletici Mesele”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, S. 1 (2016): 516.

¹⁸⁰ Doğan Yenisey, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, 61; Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 179; Baycık, “6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi”, 235. 2822 sayılı Kanun döneminde işkolu itirazı bekletici mesele yapılmaktaydı. Yıldız, “Yetki Tespitine İtiraz Davalarında Bekletici Mesele”, 519. Yüksek Mahkeme'nin 2822 sayılı Kanun döneminde verdiği olduğu bir kararında da işkolu itirazının bekletici mesele yapılması gerektiğine karar vermiştir. Karara göre “*O halde somut olayda; öncelikli olarak işyerlerine ilişkin işkolu tespit kararları var ise bu kararlar dosyaya getirilmelidir. Şayet işkolu tespit kararı yok ise, davacı işverene 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 4. maddesinde öngörülen prosedüre göre, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına işkolu tespit başvurusunda bulunmak üzere süre verilmeli, işyerlerinin girdiği işkolunun tespiti ön mesele kabul edilmelidir.*”. Y.9HD, 19.10.2010, E. 2010/28347, K. 2010/29733, Legalbank.

istenmiştir.”. Düzenleme 2822 sayılı Kanun döneminde bu süreçlerin uzamasının sendikal örgütlenmeyi zayıflatması ve bu durumun da işyeri açısından toplu iş sözleşmesi düzeninin kurulamaması nedeniyle eleştiri konusu yapılmaktaydı. Bu nedenle işkolu itirazlarının bekletici mesele sayılmayacağına ilişkin düzenleme bu açıdan isabetli bulunmuştur¹⁸¹. Ancak diğer yandan işkolu itirazının gerçekte haklı olması ihtimali karşısında o işkolunda örgütlü bulunmayan bir sendikanın bağitlamış olduğu toplu iş sözleşmesine geçerlilik tanımak, işyerinin gerçekte dahil olduğu işkolunda örgütlü sendikaların üye çekememesine neden olabilecektir¹⁸². İşkolunun farklı bir işkolu olduğu tespit edilse de bu durum yetki işlemlerini ve toplu iş sözleşmesini etkilemeyecektir¹⁸³. Dolayısıyla işkolu tespitinin hatalı olması söz konusu süreçte göz ardı edilecektir. Bir sendikanın işyerinin faaliyet alanına giren işkolunda örgütlü olması, toplu iş sözleşmesi ehliyeti açısından zaruridir. Toplu iş sözleşmesi ehliyetinin bulunmaması, yetkiden farklı olarak toplu iş sözleşmesinin hükümsüz olması sonucunu doğurur ve bu hükümsüzlük her zaman ileri sürülebilir¹⁸⁴. Ne var ki söz konusu düzenleme bakımından esasen işyerinin girdiği işkoluna yabancı bir sendikanın toplu iş sözleşmesi ehliyeti olmadan toplu iş sözleşmesi bağitlamasına imkân tanımaktadır. Bu açıdan her ne kadar kötüniyetli uygulamalar nedeniyle düzenlenmiş olsa da doktrinde bu çekinceler nedeniyle düzenlemenin sendika özgürlüğü ve toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırı olduğu dile getirilmektedir¹⁸⁵. Düzenlemenin doğuracağı olumsuz sonuçlar nedeniyle hükmün dar yorumlanması ve işkolu itirazının yetki tespit talebinden önce söz konusu olması durumunda bu durum yetki tespit davalarında bekletici mesele yapılabilmelidir¹⁸⁶. Bizce de hüküm yetki tespit sürecinin başlamasından sonra gelecek işkolu itirazlarının kötüniyetli olduğu varsayımından hareket etmektedir. Varsayım niteliğinde olan ve aksinin de ispatının mümkün olmadığı bir durumun geniş yorumlanması, hukuk mantığına da uygun düşmez. Dolayısıyla bu hükmün dar yorumlanması, sendikal örgütlenme ve bireysel sendika özgürlüğüne de uygun düşecektir.

¹⁸¹ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 58; Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 290; Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 144.

¹⁸² İşkolunun işyeri tescil edilirken sosyal güvenlik kurumuna yapılan bildirim esas alınması nedeniyle işverenin bilerek ya da hata ile gerçekte olması gerekenden farklı bir işkolu bildiriminde bulunması da olasıdır. Üyelikler e- devlet sistemi üzerinden gerçekleştirildiğinden işçilerin gerçekte söz konusu olan işkolundaki sendikalara üye olması mümkün olmamaktadır. Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 180.

¹⁸³ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 166.

¹⁸⁴ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 176; Işık, *Türk Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Ehliyet ve Yetki*, 24.

¹⁸⁵ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 182.

¹⁸⁶ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 183. Astarlı'ya göre yetki başvurusu tarihidenden önce yapıp kesinleşen bir işkolu tespiti mevcutsa mahkeme bu tespiti dikkate alacak ve SGK kayıtlarından farklı bir işkolu tespiti söz konusuysa mahkeme kararındaki tespiti esas alarak sonuca ulaşacaktır. Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 166.

Yetki tespit davaları bakımından ileri sürülen itiraz sebeplerinden birisi de işletme niteliğine ilişkindir. Gerçekten de işletme kavramı bir toplu iş sözleşmesi ünitesi teşkil etmekte ve aynı işkolunda birden fazla işyeri bulunması durumunda Bakanlığın işletme toplu iş sözleşmesi bağitlanmasına ilişkin yetki kurallarını araştırması gerekmektedir. Bu noktada ileri sürülen itirazlardan birisi de işyeri düzeyinde tespit edilen yetkinin esasen işletme düzeyinde söz konusu olması gerektiği itirazıdır¹⁸⁷. İşletme niteliğine ilişkin itirazlara ilişkin 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrasında özel bir düzenleme yer almaktadır. Düzenleme uyarınca "*İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır. Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi on beş gün içinde kesin olarak karar verir.*". Görüldüğü üzere 6356 sayılı Kanun, işletme niteliğine ilişkin itirazı özel olarak düzenlemiş; 5. maddesinin 2. fıkrasıyla bir bağlantı da kurmamıştır¹⁸⁸. Kanun'un 34. maddesinde işletme niteliğine ilişkin itirazlara ilişkin bu itirazların yetki tespit davalarında bekletici mesele yapılmayacağına ilişkin düzenlemeye de yer verilmediğinden bu itirazlar bakımından 5. maddenin 2. fıkrasının uygulama alanı bulup bulmayacağı meselesi tartışma yaratmıştır. Bu noktada ilk olarak konuya ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşlerden bahsedip daha sonra konunun yargı uygulamasında ne şekilde çözüme kavuşturulmaya çalışıldığı konusu ele alınmaya çalışılacaktır. Bu noktada belirtilmelidir ki işyeri toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki süreci söz konusuysa ve bu noktada süreç devam ederken işyerinin farklı bir işkolunda olduğu itirazı ileri sürülüyorsa bu durumun bekletici mesele yapılamayacağı genel olarak kabul edilmektedir¹⁸⁹. Sorun, özellikle işverenin aynı işkolunda başka işyeri de bulunduğu itirazına ilişkindir. Doktrinde konuya ilişkin esasen, farklı gerekçelerle, iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

Yıldız'a göre işletme niteliğine itirazın yetki tespit davalarında bekletici mesele sayılması sadece işçi sendikasının yetki için başvurduğu tarihte SGK kayıtlarında aynı işkolunda kurulu başka işyeri ya da işyerleri olduğunun görülmesine rağmen Bakanlığın bu durumu dikkate almaması durumunda söz konusu olabilir. Yani Bakanlığın aslında kayıtlarda aynı işkolunda görülen ve bu nedenle işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki belgesi vermesi gerekirken bu durumu her ne sebeple gözden kaçırmaması durumunda bekletici mesele gündeme gelebilir. Bunun dışında süre verilerek Bakanlığa işkolu tespiti için başvuruda bulunulmasının beklenmesi ya da yetki tespit sürecinde Bakanlığa yapılan başvurunun davada dikkate alınması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla 5. maddenin 2. maddesi

¹⁸⁷ Sur, *İş Hukukunda Toplu İlişkiler*, 324 vd.

¹⁸⁸ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 188; Baycık, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", 227.

¹⁸⁹ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 155.

karşısında işletme niteliğine ilişkin itirazlar yalnızca sosyal güvenlik kayıtlarındaki işkoluna göre sonuçlandırılmalı ayrıca bekletici mesele yapılmamalıdır¹⁹⁰.

Doğan Yenisey de işkolu itirazlarının yetki tespit sürecinde bekletici mesele yapılamayacağına ilişkin açık düzenleme karşısında işletme niteliğine ilişkin itirazların ayrıksı düşünülmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir¹⁹¹.

Canbolat'a göre ise işletme itirazında yetki tespitinde belirtilen işyerlerinin bazılarının başka işkoluna girdiği veya işverenin aynı işkolunda başka işyerlerinin de bulunduğu belirtilmesi, yetki tespitine ilişkin davalarda bekletici mesele yapılmayacaktır. Yetki tespitine ilişkin davada uyumsuzluk, mevcut kayıtlara göre sonuçlandırılacaktır. Başka bir ifadeyle yetki tespitine ilişkin uyumsuzluklarda tarafların kayıtlarda gözüken işkolunun hatalı olduğunu belirtmesi, mahkeme tarafından dikkate alınmayacaktır¹⁹². Dolayısıyla itiraz eden taraf işyerinin başka işkoluna girdiği konusunda Bakanlığa başvurursa ve Bakanlığın tespit kararına itiraz edip işyerinin başka işkoluna girdiğini tespit ettirse de bu husus yetki tespit davalarında bekletici mesele yapılamayacağından karar kesinleştikten sonraki dönem için geçerli olacaktır. Görüldüğü üzere *Canbolat*'a göre 34. madde, işletme toplu iş sözleşmesine dahil olması gereken aynı işkolundaki işyerlerinin Bakanlık tarafından dikkate alınmaması durumuna özgüdür. Yani bu düzenleme Bakanlığın maddi hata yapıp yapmadığının belirlenmesine ilişkindir¹⁹³.

Astarlı'ya göre ise yetki tespiti istenilen yer işyeriyse ve Bakanlık tarafından işyeri toplu iş sözleşmesi yetkisi verildiyse bu durumda artık işkolu itirazı bekletici mesele yapılmamalıdır. Ayrıca yazara göre bu kural işletme itirazında da uygulanacak ve 5. maddenin 2. fıkrası uyarınca bu durum bekletici mesele yapılamayacaktır. Bu durumda işyeri ya da işyerlerinin işkolu başvuru tarihindeki kayıtlara göre belirlenecektir. Kendi tescil ettirdiği işkolunun değiştirilmesi için herhangi bir girişimde bulunmamış işverenin ilgili sendikanın işkolunda gerekli çoğunluğu sağlaması sonrası yetki başvurusu yapması ya da yetki alması durumunda işkoluna itiraz etmesinin dürüstlük kuralıyla bağdaşan bir yönü yoktur¹⁹⁴. 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrası, toplu iş sözleşmesi türleri bakımından bir ayrıma gitmiş değildir. Bakanlık kayıtlarına güvenerek işyerinde örgütlenmiş ve yetkiye ilişkin çoğunluğu sağlamış sendikaya karşı bu kayıtların doğru olmadığını ileri sürmek hukuki belirlilik ve hukuki öngörülebilirlik ilkelere de aykırıdır¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Yıldız, "Yetki Tespitine İtiraz Davalarında Bekletici Mesele", 525.

¹⁹¹ Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", 61; Özkaraca, "Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesi", 7.

¹⁹² Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 142.

¹⁹³ Canbolat, *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, 143.

¹⁹⁴ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 162.

¹⁹⁵ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 163.

Göktaş/Yılmaz'a göre ise işçi sendikasının yetki tespit başvurusundan önce yapacağı araştırma Bakanlık ile Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında bir işyerinin hangi işkoluna girdiği ve bu işkolunda işverenin başka işyerlerinin de bulunup bulunmadığı konusu ile sınırlıdır. Sendika buna göre örgütlenecek ve üye çekmeye çalışacaktır. İşçi sendikasının Bakanlık ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına güvenerek yetki koşullarını sağlamasının ardından, yetki tespit başvurusuna kadar ki dönemde herhangi bir işkolu itirazının ileri sürülmemesine rağmen, ilgili sendikanın yetki başvurusundan sonra işkolu itirazı ileri sürülmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Dolayısıyla hukuki öngörülebilirlik ve hukuki belirlilik ilkesi gereği işletmeye ilişkin itirazlar da yetki tespit davalarında bekletici mesele yapılmamalıdır¹⁹⁶.

Başterzi'ye göre ise işkolu uyuşmazlığının bekletici mesele yapılmaması ve gerçeği yansıtmaya da Bakanlık kayıtlarına göre işlem yapılması, işletme kavramına özel anlam yükleyen 34. maddeye aykırılık teşkil edecektir. Aksi yönde bir çözüm öngörülüyorsa ya 34. madde ile 5. maddenin ikinci fıkrası arasında bağlantı kurulmalı ya da madde düzenlemesine işletme itirazının bekletici mesele yapılmayacağına ilişkin düzenleme eklenmelidir¹⁹⁷. Ayrıca işyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesi açıkladığımız üzere toplu iş sözleşmesi türleri açısından önem arz ettiğinden ve işletme toplu iş sözleşmesi kamu düzeninden olduğundan dolayı da işletme niteliğine ilişkin itirazların bekletici mesele yapılması gerekmektedir¹⁹⁸. Bu bakımdan yetki itirazını çözmeye yetkili mahkeme, işletme niteliğine ilişkin itirazı da çözmeye yetkili ise bu itiraz ön sorun olarak çözüme kavuşturulmalı; yetki itirazını çözmeye yetkili mahkeme işletme niteliğine ilişkin itirazı çözmeye yetkili değilse sorunun çözümü bekletici mesele yapılmalıdır¹⁹⁹.

Baycık'a göre ise işletme niteliğine ilişkin itirazların yetki tespit davalarında bekletici mesele yapılmaması gerektiğine ilişkin özel bir düzenleme yer almaması, eleştiri konusu yapılmalıdır. Ancak ne var ki işletme toplu iş sözleşmesinin kamu düzeninden sayılması karşısında mevcut kanuni düzenleme karşısında işletme niteliğine ilişkin itirazlar, yetki tespit davalarında bekletici mesele yapılabilecektir²⁰⁰.

İşyeri sicil numaralarının işlevinden hareket eden *Engin*'e göre işyeri sicil numaralarının şu ya da bu sebeple hatalı bildirilmesinin sendika özgürlüğü, toplu

¹⁹⁶ Göktaş, Yılmaz, "Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme", 1183.

¹⁹⁷ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 188.

¹⁹⁸ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 189.

¹⁹⁹ Başterzi, *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, 190. İşletme toplu iş sözleşmesinin sırf kamu düzeninden sayılması nedeniyle işletme niteliğine ilişkin itirazın yetki tespit davalarında farklı bir mahkeme tarafından çözümlenmesinin usul ekonomisine aykırılık arz edeceği gerekçesiyle yetki itirazını çözmeye yetkili mahkemenin işletme niteliğine ilişkin itirazı da çözmeye yetkili olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 291.

²⁰⁰ Baycık, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", 227.

iş sözleşmesi ehliyeti ve yetkisi açısından bu denli olumsuz sonuçlar yaratması ilginçtir. Sosyal güvenlik sistemi bakımından işyeri sicil numarası olan birimin toplu iş ilişkilerinde de esas alınması ciddi sakıncalara yol açmaktadır²⁰¹. *Engin*'e göre 6356 sayılı Kanun'un kamu düzenine ilişkin 5. maddesinin 1. fıkrasındaki işkolu tespit işlemi ile hatalı işyeri sicil numarasının düzeltilmesi işlemi karıştırılmaktadır. Yetki itirazı davalarında bir ya da birden çok işyerinin işyeri sicil numarası nedeniyle Bakanlık tarafından yetki tespiti dışında bırakılması, işkolu değişikliği talebi değil; işyeri sicil numarasındaki hatanın giderilmesi ve işyerinin gerçek işkolu kodunu almasının sağlanmasıdır²⁰². Sosyal Güvenlik Kurumu'nun işyeri sicil numarasındaki işkolu kodunun düzeltilmesinde vergi hukukuna göre işverene verilen ve NACE kodunu da içeren vergi kimlik numarası esas alınmaktadır²⁰³. İşverenin talebi üzerine Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından vergi kimlik numarası esas alınarak yapılacak düzeltme işkolu değişikliği talebi olmadığından işverenin bu itirazını yetki tespit davalarında ileri sürmesi de 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilmemelidir. Maddi hataların düzeltilmesi idarenin sorumluluğundadır. Bu sebeple salt işverenin zamanında harekete geçmemesi nedeniyle bu itirazın yetki tespit davalarında ileri sürülebilmesi, emredici düzenlemelerin ihlalini haklı göstermeyecektir²⁰⁴.

Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin görüşü zaman içerisinde değişiklik göstermiştir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi²⁰⁵, 9. Hukuk Dairesi²⁰⁶ ve 22. Hukuk Dairesi 6356 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinin hemen ardından verdiği kararlarda işletme niteliğine ilişkin itirazların yetki tespit davalarında bekletici mesele yapılabileceği sonucuna ulaşmaktaydı²⁰⁷. Bu kararlardan birine göre²⁰⁸ "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan

²⁰¹ Engin, "Yetki İtirazı Davalarında SGK İşyeri Sicil Numarasının İşlevi ve İşkolu Koduna Yönelik İtirazların Hukuki Niteliği", 15-16; Doğan Yenisey, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolu- nun Belirlenmesi", 60.

²⁰² Engin, "Yetki İtirazı Davalarında SGK İşyeri Sicil Numarasının İşlevi ve İşkolu Koduna Yönelik İtirazların Hukuki Niteliği", 16.

²⁰³ Engin, "Yetki İtirazı Davalarında SGK İşyeri Sicil Numarasının İşlevi ve İşkolu Koduna Yönelik İtirazların Hukuki Niteliği", 16.

²⁰⁴ Engin, "Yetki İtirazı Davalarında SGK İşyeri Sicil Numarasının İşlevi ve İşkolu Koduna Yönelik İtirazların Hukuki Niteliği", 17.

²⁰⁵ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 2013 tarihinde verdiği bir kararda işletme itirazının bekletici mesele sayılmamasının kamu düzenine ilişkin olan işletme toplu iş sözleşmesine aykırı toplu iş sözleşmesi ünitesi oluşması sonucunu doğuracağını belirtmiştir. Y.7HD, 07.09.2015, E. 2015/26324, K. 2015/14105, Çalışma Toplum.

²⁰⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 2016 tarihli bir kararında işletme niteliğine ilişkin itirazların bekletici mesele yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Y.9HD, 08.12.2016, E. 2016/35791, K. 2016/21757, Kazancı, Göktaş, Yılmaz, "Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme", 1182.

²⁰⁷ Göktaş, Yılmaz, "Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme", 1182.

²⁰⁸ Y.22HD, 06.12.2013, E. 2013/33468, K. 2013/28331, Çalışma Toplum.

düzenlemenin yetki süreci devam ederken ortaya çıkan ve çözümünü aynı maddenin 1. fıkrasında özel olarak düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmesi gereklidir. Ancak gerek 6356 sayılı Kanun'da gerekse mülga 2822 sayılı Kanun'da işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair yukarıdaki düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenlerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığın, mülga 2822 sayılı Kanun'un uygulandığı olaylarda söz konusu Kanun'un 3. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, 6356 sayılı Kanun'un uygulandığı olaylarda ise anılan Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir. Yetki uyuşmazlığını inceleyen mahkemenin işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olmaması halinde ise yine aynı hükümlere göre bu problemin çözümü bekletici mesele yapılmalıdır.”.

Yargıtay, işletme niteliğine ilişkin itirazın bekletici mesele yapılması gerektiğine ilişkin görüşünü değiştirerek hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesini öne çıkararak bu tür itirazların da yetki tespit davalarında bekletici mesele yapılmaması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Bu yönde güncel bir karara göre²⁰⁹ “*Davada, işverenin, farklı işkolunda yer alan başkaca işyerlerinin de yetki tespitinde nazara alınması gerektiği iddiası, esas itibarıyla itiraz konusu işyerleri bakımından işkolu itirazı niteliğindedir. Belirtilen açık düzenleme gereği, bu itiraz mevcut yetki uyuşmazlığında ileri sürülemez ve bu konuda bir işkolu tespit kararı verilse dahi ancak bir sonraki dönem için geçerli olabilir. Hukuk devleti kavramı çerçevesinde hukuki belirlilik ve hukuki öngörülebilirlik ilkeleri nazara alındığında, uyuşmazlığın yetki tespiti için başvuru tarihindeki hukuki duruma göre değerlendirilmesi gerektiği de tartışmasız olup bu anlamda olmak üzere başvuru tarihi itibarıyla farklı işkollarında yer alan birim yahut işyerlerinin tek bir işyeri yahut işletme niteliğinde kabul edilmesi mümkün değildir. İşçi sendikasının Bakanlık kayıtlarına güvenerek örgütlenme faaliyetini yürüttüğü ve çoğunluk tespitine dair talepte bulunduğu gözetildiğinde, yetki tespit başvuru tarihinden sonra ileri sürülen işkolu itirazının dikkate alınması belirtilen ilkelere aykırılık teşkil edecektir. Bu itibarla işverenin farklı işkolunda yer alan 13 işyerinin de yetki tespitinin kapsamına dâhil edilmesi gerektiğine dair itirazı dikkate alınamayacaktır. İşveren vekili itirazlarının kabul edilmemesi durumunda 6 işyeri dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının yazısı ile yetki tespitinin kapsamında yer alan birimin ‘Çimento,*

²⁰⁹ Y.9HD, 23.06.2022, E. 2022/6755, K. 2022/8177, Legalbank. Aynı yönde Y.9HD, 12/11/2020, E. 2020/7091, K. 2020/15966, Gökteş, Yılmaz, “Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme”, 1184, dn. 70.

toprak ve cam' işkolunda kayıtlı olduğu bildirilmiştir. Bu itibarla bu birimin yetki tespitinin kapsamına dâhil edilmesi olanaklı değildir. Bu durumda ise yetki başvuru tarihindeki toplam çalışan sayısı 1.071, sendika üye sayısı 427 olduğundan, %40 oranındaki çoğunluk sayısı olan 429'a ulaşamadığı açıktır. Açıklanan bu maddi ve hukuki olgulara göre davanın kabulü ile yetki tespitinin iptaline karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.”

E. GÖREVLİ MAKAM VE YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ BAKIMINDAN

İşyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesinin somut yansımalarından birisi de görevli makam ve yetkili mahkemenin tespiti noktasında ortaya çıkacak farklılıktır. 6356 sayılı Kanun bakımından görevli ve yetkili mahkeme, 79. maddede düzenlenmektedir. Madde hükmü uyarınca “*Bu Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde görülür. Ancak yedinci ila on birinci bölümlerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar için, görevli makamın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.*”. Burada dikkat edilecek olursa özel bir yetki kuralı ihdas edilmiştir²¹⁰. Bu yetki kuralı bakımından öncelikle görevli makamın ne olduğu tanımlanmalıdır. 6356 sayılı Kanun’un 2. maddesinin c bendinde şu şekilde tanımlanmıştır: “*Görevli makam: İşyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerleri için yapılacak grup toplu iş sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesi için ise Bakanlığı, (...) ifade eder.*”. Tanıma bakıldığında görevli makamın belirlenmesi noktasında işyeri, işletme ve grup toplu iş sözleşmeleri bakımından ayrı belirlemede bulunduğu görülmektedir. Bu bağlamda kanun koyucu görevli makamın belirlenmesi noktasında toplu iş sözleşmesinin türlerini esas almıştır²¹¹. İşyerinin sınırlarının belirlenmesi, işyeri toplu iş sözleşmesi mi işletme toplu iş sözleşmesi mi yapılacağı noktasında ilk adım niteliğindedir. Bir yerin bağlı yer olarak nitelendirilmesi durumunda yedinci ila on birinci bölümler bakımından yetkili mahkeme, işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün bulunduğu yer mahkemesi olacaktır. Bir yerin bağlı yer olarak nitelendirilmemesi ve bu bağlamda farklı işyeri olarak nitelendirilmesi durumunda ise bu işyerlerinin aynı işkolunda olması durumunda işletme toplu iş sözleşmesi bağitlanması gerekeceğinden buna ilişkin uyuşmazlıklar da işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün bulunduğu yer mahkemesi olacaktır. Görüldüğü üzere işyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesi, toplu iş sözleşmesi ünitesine etkisinden dolayı, görevli makam ve yetkili mahkemenin belirlenmesi noktasında da önem arz etmektedir.

²¹⁰ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 47.

²¹¹ Astarlı, *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*, 48.

F. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN UYGULAMA ALANI BAKIMINDAN

Toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına girebilmek için ilk olarak iki şartın bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi durumda işçi, toplu iş sözleşmesine taraf sendika üyesi de olsa toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz. Toplu iş sözleşmesinden uygulama alanına girebilmek için ilk olarak toplu iş sözleşmesi kapsamındaki bir işyerinde çalışıyor olmak gerekir²¹². Kuşkusuz sendika üyesi işçilerin çalıştıkları işyerinin toplu iş sözleşmesi kapsamında bir işyeri olmaması durumunda toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı ünite söz konusu olmayacağından işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları olgusundan da söz edilemeyecektir. Toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işyerinin tespitinde yetki belgesi dikkate alınacaktır²¹³. Yetki belgesinin alındığı tarihte toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işyerlerinin toplu iş sözleşmesinin yer bakımından kapsamına girdiği kabul olunacak ve bu suretle o işyerinde çalışan işçiler açısından bu genel koşul gerçekleşmiş olacaktır²¹⁴. Bu bakımdan işyerinin sınırlarının belirlenmesi, toplu iş sözleşmesi türü ile yetkisi ve beraberinde de yetki belgesi dikkate alınarak saptanan toplu iş sözleşmesinin uygulama alanının saptanması noktasında kilit öneme sahiptir. Toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına girebilmenin ikinci şartı ise işyerinde işçi statüsünde çalışmak olup bu mesele çalışmamızın kapsamını aştığından sadece bu şarta değinmekle yetiniyoruz.

Toplu iş sözleşmesi kapsamına hangi işyerlerinin dahil olduğu hususunda sözleşme hükmüne bakarak yorumlama yapılmalıdır²¹⁵. *Bozkurt Gümrükçüoğlu*'na göre söz konusu durum, toplu iş sözleşmesinin taraflarına tanınan bir serbesti olarak görülmemelidir²¹⁶. Yetki belgesinde toplu iş sözleşmesinin kapsamına dahil olan işyerleri belirtilmelidir. Kaldı ki yetki belgesi de toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek birimler dikkate alınarak verilmektedir²¹⁷. Ayrıca belirtilmelidir ki muvazaa teşkil etmeyen bir asıl işveren- alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçileri, alt işverenle bağitlanan toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir. Bu noktada 4857 sayılı Kanun'un 3. maddesi hükmünden hareketle belirtilmelidir ki yer bakımından uygulama bakımından alt işveren işçilerinin çalıştıkları yer, fiziken asıl işverenin işyeri ile aynı olmuş olsa bile, ayrı işyeri sayılır. Geçici iş ilişkisi ile çalışanlar ya da işyerinin coğrafi alanı dışında iş gören kişiler, toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı dışına çıkmış olmazlar. Önemli olan yön, iş organizasyonu ve aynı yönetim altında çalışıyor olmaktır²¹⁸.

²¹² Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 317.

²¹³ Şahlanan, *Toplu İş Sözleşmesi*, 127.

²¹⁴ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 434.

²¹⁵ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 347.

²¹⁶ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018) 103.

²¹⁷ Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II: Toplu İş İlişkileri*, 477.

²¹⁸ Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 318.

Konumuz bakımından tartışılması bir konu da tarafların yetki belgesi dışındaki bir işyerinde toplu iş sözleşmesini uygulama yönünde bir kararlaştırmada bulunmalarının mümkün olup olmadığı hususudur. Konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunan *Ekmekçi*'ye göre tarafların toplu iş sözleşmesinin yer itibarıyla kapsamını genişletmeleri mümkün değildir. Toplu iş sözleşmesinin kapsamına aldığı yerler ile toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği yerleri birbirinden ayırmak gerekir. Tarafların toplu iş sözleşmesi kapsamına girmeyen bir işyerinde toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırmalarına bir engel yoktur. Sözü edilen durumda toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının taahhüt edildiği işyeri, toplu iş sözleşmeli işyeri haline gelmez. Bu durum teknik anlamda sözleşmeden yararlanma olmadığından işçilerin tümüne uygulanması gerekmektedir²¹⁹. Sözü edilen duruma engel bir durum olmadığını belirten *Şahlanan*'a göre ise söz konusu kararlaştırmayı “*üçüncü kişi yararına sözleşme*” olarak nitelendirmek gerekmektedir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı işyeri, toplu iş sözleşmeli işyeri haline gelmeyecektir²²⁰.

SONUÇ

İşyeri kavramı hem bireysel iş ilişkileri bakımından hem de toplu iş ilişkileri bakımından önemli bir bağlama noktası niteliğindedir. 6356 sayılı Kanun'da işyeri kavramı tanımlanmamış; bu kavrama ilişkin 4857 sayılı Kanun'da yer alan tanımlamanın esas alınacağı belirtilmiştir. Ancak işyeri kavramının temelde tarafların ortak sorun ya da menfaatler dolayısıyla örgütlendiği birim olması nedeniyle bu kavrama ilişkin sınırların tespitinde toplu iş hukukunun özellikleri de gözetilmelidir.

Klasik anlamda işyeri-işletme ayrımında temel ayırıcı kriter, takip edilen amaca ilişkindir. İşyeri kavramı bakımından temel amaç, mal ve/veya hizmet üretimidir. İş ilişkileri bakımından işyeri kavramının öne çıkmasının sebebi mal ve/veya hizmet üretiminde maddi, maddi olmayan unsurlarla birlikte işçinin de organizasyon kapsamında yer almasıdır. Bu bakımdan işçinin çalıştırılmadığı bir yerin işyeri olarak nitelendirilmesinin de iş hukuku açısından bir anlamı yoktur. Dolayısıyla işyeri kavramı iş ilişkilerinde işçi ve işverenin hak ve borçları konusunda önemli bir bağlama noktası vazifesi görmektedir. Toplu iş ilişkileri bakımından işyeri, sendikal örgütlemenin söz konusu olduğu ve sendikal faaliyetlerin yürütüldüğü en temel birimdir. Sendikal örgütlenmenin yürütülmesi, sendikal faaliyetlerin gündeme gelebilmesi ve toplu iş sözleşmesi bağlanabilmesi için işçi unsuruna ihtiyaç vardır. Dolayısıyla işyeri kavramı, işçilerin kolektif nitelikte örgütlenebilmeleri ve toplu iş sözleşmesi düzeninin kurulması noktasında temel

²¹⁹ Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023) 393-394. Söz konusu durumun bir sonucu olarak toplu iş sözleşmesinin uygulanmasının kararlaştırıldığı diğer yerlerde çalışan işçinin üyelik aidatı ya da dayanışma aidatı ödemesi de gerekmez.

²²⁰ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 434, dn. 626.

bağlama noktası niteliğindedir. Klasik anlamda işletme ise takip edilen amaç bakımından ilke olarak ekonomik bir amaca özgülenmiştir. Toplu iş hukuku bakımından ise işletmeye özel bir anlam yüklenmiştir. Toplu iş hukuku bakımından işverenin birden fazla işyeri bulunması ve bu işyerlerinin aynı işkolunda bulunması durumunda işletme toplu iş sözleşmesi bağitlanmak zorundadır. Dolayısıyla toplu iş hukuku açısından işletme, toplu iş sözleşmesi ünitesini ifade etmektedir.

Çalışmamızda işyeri kavramının tanımı ve işyeri- işletme ayrımının ardından işyeri kavramının sınırlarının belirlenmesi meselesi incelenmeye çalışılmıştır. İşyerinin sınırlarının belirlenmesi konusu, toplu iş ilişkilerinin birçok önemli meselesine doğrudan ya da dolaylı tesir ettiğinden çalışmamızda bu meselenin irdelenmesi zaruri olmuştur. İşyerinin sınırlarının belirlenmesi bakımından en temel sorun bağlı yerlerin tespiti konusunda yaşanmakta olup çalışmamızda da temel olarak bu soruna değinilmeye çalışılmıştır. Bağlı yerlerin tespiti bakımından üç ölçüt kullanılmaktadır. Bir yerin bağlı yer olabilmesi için ilk olarak söz konusu yerler bakımından hukuki birliğin söz konusu olması gerekir. Bir yerin bağlı yer olup olmadığı meselesi bakımından ikinci ölçüt ise amaçta birlik ölçütüdür. Bu ölçüt, işyerinde izlenen teknik amacı ön plana çıkarmakta ve aynı teknik amacı takip eden yerlerin birbirlerini tamamlamalarını, teknik amacın gerçekleştirilmesinin parçası arasında olmayı ifade etmektedir. Bir yerin bağlı yer olup olmadığına tespiti bakımından üçüncü başvurulacak ölçüt ise yönetimde birlik ölçütüdür. Bu ölçüt, ilgili yerlerin tek elden yönetilmesini, aynı organizasyon kapsamında yer almasını ifade etmektedir. Toplu iş ilişkileri bakımından işyerinin işçilerin ortak menfaat ve sorunlarını çözmeye yönelik bir birim olması nedeniyle, bu ölçüt açısından ilgili yerlerin sendikal örgütlenme ve toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak ortak sorun ve menfaatlere sahip işçileri kapsayıp kapsamadığı hususunun gözden kaçırılmaması gerekir. İşyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesinde başvurulacak ölçütlerin yargı uygulamasında ne şekilde uygulama alanı bulduğu konusu ise çalışmamızda ayrı başlık kapsamında incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın temel hareket noktasını oluşturan işyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesinin toplu iş ilişkileri açısından kilit öneme sahip olduğu konusu çalışmamızda sıklıkla vurgulanmaya çalışılmıştır. Bu bakımdan çalışmamızda işyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesinin sendikal örgütlenme, işkolu tespiti, toplu iş sözleşmesi düzeyi ve türü, toplu iş sözleşmesi yetkisi, görevli makam ve yetkili mahkemenin tespiti, toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı açısından ne gibi etkiler doğurduğu meselesi ele alınmaya çalışılmıştır. Bir yerin bağlı yerler olarak nitelendirilmesi durumunda tek bir işyeri söz konusu olacağından ayrı bir işkolu tespiti de yapılmayacaktır. Bu durum sendikal örgütlenmenin işkolu esasına dayalı olması nedeniyle, sendikal örgütlenme düzeyini de etkileyecektir. Ayrıca birden fazla yerin tek bir işyeri olarak kabul edilmesi toplu iş sözleşmesi türü bakımından işyeri toplu iş sözleşmesinin bağitlanması ve bu toplu iş sözleş-

mesi bakımından yetki koşulu olarak işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının ilgili sendika üyesi olmasının gerekeceği anlamına gelmektedir. Bir yerin bağlı yer olarak nitelendirilmeyip farklı işyeri olarak nitelendirilmesi durumunda ise bu yerler bakımından yürütülen faaliyete göre bağımsız işkolu tespiti söz konusu olacaktır. Bu durumda özellikle bu işyerlerinin ayrı işkolunda olması durumunda iki ayrı sendikal örgütlenme ve birbirinden bağımsız, grup toplu iş sözleşmesi bir yana, toplu iş sözleşmesi ünitesinin söz konusu olması anlamına gelecektir. Birden fazla işyerinin işkolunun aynı olması durumunda ise bu işyerlerinin aynı işverene ait olduğu varsayımında, toplu iş sözleşmesi türü olarak ancak işletme toplu iş sözleşmesi bağlanabilecektir. Bu bağlamda da toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından işletmenin tamamı açısından yapılan hesaplamada ilgili sendikanın yüzde kırklık çoğunluk şartını sağlaması yeterli olacaktır. Ayrıca birden fazla yerin işletme toplu iş sözleşmesi ünitesi meydana getirmesi, 6356 sayılı Kanun'un 79. maddesi uyarınca yetkili mahkemenin tespiti bakımından da özellik arz edecektir. Dolayısıyla görüldüğü üzere işyerinin sınırlarının belirlenmesi meselesi, çözümlenmesi gerekli önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızın dördüncü bölümünde işyerinin sınırlarının belirlenmesinin yaratacağı doğrudan ya da dolaylı etkiler, geniş bir şekilde ele alınmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Astarlı, Muhittin. *Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2019.
- Aydınlı, İbrahim. *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*. Ankara: Demiryol-İş, 2001.
- Başbuğ, Aydın. *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk*. Ankara: Şeker- İş, 2012.
- Başterzi, Süleyman. *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- Baycık, Gaye. “6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi.”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, S. 2 (2014): 209-258.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. *Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Canbolat, Talat. *6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nurşen, Canbolat, Talat ve Özkaraca,ERCÜMENT. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022.
- Doğan Yenisey, Kübra. “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi.”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 4(2013): 43-68.
- Doğan Yenisey, Kübra. *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*. İstanbul: Legal Yayınları, 2007.
- Ekmekçi, Ömer. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.
- Engin, E. Murat. “Yetki İtirazı Davalarında SGK İşyeri Sicil Numarasının İşlevi ve İşkolu Koduna Yönelik İtirazların Hukuki Niteliği.”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 39 (2018): 9-18.
- Eyrenci, Öner. “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri.”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 119-146.
- Göktaş, Seracettin, Yılmaz, Gökhan. “Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme.”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı (2022): 1161-1198.
- İşık, Rüçhan. *Türk Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Ehliyet ve Yetki*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973.
- Kocagil Ersoy, İpek. *Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2019.
- Mollamahmutuoğlu, Hamdi, Astarlı, Muhittin, Baysal, Ulaş. *İş Hukuku*. Ankara: Lykeion Yayınları 2022.
- Narmanlıoğlu, Ünal. “İşyeri Sendika Temsilcileri (Atanmaları, Görevleri ve Güvenceleri).”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, S. 1-4 (1987): 169-230. (İşyeri Sendika Temsilcileri).

- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku II: Toplu İş İlişkileri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal. *Hukuki Yönden İşçi- İşveren İlişkileri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1987.
- Özkaraca, Ercüment. “Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesi.”, *Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Dergisi*, S. 144 (2022): 2-8.
- Sur, Melda. *İş Hukukunda Toplu İlişkiler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- Şahlanan, Fevzi. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2020.
- Şahlanan, Fevzi. *Toplu İş Sözleşmesi*. İstanbul: Acar Matbaacılık, 1992.
- Tuğ, Adnan. *Sendikalar Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1992.
- Tuncay, A. Can, Savaş Kutsal, Burcu, Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2023.
- Yıldız, Gaye Burcu. “Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi.”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 20 (2010): 135-140.
- Yıldız, Gaye Burcu. “Yetki Tespitine İtiraz Davalarında Bekletici Mesele.”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, S. 1 (2016): 515-527.

OHADA VE TÜRK TİCARET KANUNU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK ANONİM ŞİRKETLERDE AZLIK PAY SAHİPLERİNİN ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKI^(*)

Brahim Hassan ALİ^(**)

Öz

Şirketler hukukunda azlık pay sahiplerini bilgilendirmeye ilişkin sorunlar önem kazanmakta ve bu konuda Türk hukukunda da Ohada'ya üye ülkeler hukukunda da önemli yeni düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Türk hukuku açısından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Ohada hukuku açısından da 2014 yılında yenilenmiş olan *Acte Uniforme Relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement D'Intérêt Economique (AUSCGIE)* ile getirilen önemli yeniliklerden biri anonim şirketlerde özel denetim isteme hakkıdır. Bu çalışmada önce TTK'de sonra AUSCGIE'de denetim isteme hakkı incelenmiştir. Sonrasında iki kanunun karşılaştırması yapılmış ve çalışmaya sonuç kısmıyla son verilmiştir. Buradan hareketle, TTK'de denetim isteme hakkı incelenirken önce bu hakkın talebinde kimlerin bulunabileceği incelenmiştir. Hak sahibi kişileri inceledikten sonra talep için gereken şartlara bakılmıştır. Şartlar da ikiye ayrılmıştır; genel kurulun talebi reddi üzerine mahkemeye başvurmak için gerekli şartlar ve genel kurulda özel denetim talebinin kabul edebilmesi için gereken şartlardır. TTK kısmında son olarak denetçinin mahkeme tarafından atanması konusu açıklığa kavuşturulmuştur. AUSCGIE'de mahkemeden özel denetim talebinde bulunabilecek kişiler ve aranan şartlar öngörülmektedir. Bu esastan AUSCGIE'de kimler bu haktan yararlanabileceğine bakıp sonra mahkemeye başvurmak için gereken şartlara eğilinmiştir. Sonrasında mahkemece denetçinin nasıl atacağı açıklanmıştır. Son olarak, iki kanunun getirdikleri yeni hakkın karşılaştırması kısmında ise, özel denetimin karşılaştırması farklı açılardan ele alınmıştır. İlk sırada hak sahibi kişilerin açısından bir karşılaştırma, ardından şartları, denetçinin atanması ve denetim amacı açısından karşılaştırma yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Şirketler Hukuku, Azlık Hakları, Özel Denetim, Bilgi Alma Hakkı, Pay Sahibi.

MINORITY SHAREHOLDERS' RIGHT TO REQUEST SPECIAL AUDIT IN JOINT STOCK COMPANIES IN COMPARISON WITH OHADA AND TURKISH COMMERCIAL LAW

Abstract

In corporate law, the problems related to informing minority shareholders are gaining importance and it is seen that important new regulations have been made in this regard both in Turkish law and in the law of the Ohada member countries. One of the important innovations introduced by the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC) in terms of Turkish law and *The Acte Uniforme Relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement D'Intérêt Economique (AUSCGIE)*, which was renewed in 2014 in terms of Ohada law, is the right to request special audit

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 23.05.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 22.09.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1301370.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı, Doktora Öğrencisi / Antalya, Türkiye.
E-posta: Alibrahim235mail@mail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0004-6401-0512>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

in joint stock companies. In this study, the right to request an audit is analysed first in the TCC and then in the AUSCGIE. Afterwards, the two laws are compared and the study is concluded with a conclusion. From this point of view, while analysing the right to request an audit in the TCC, firstly, the persons who will request this right are examined. After analysing the right holders, the conditions required for the request are examined. The conditions are divided into two, the conditions required to apply to the court upon the rejection of the request by the general assembly and the conditions required for the acceptance of the special audit request in the general assembly. Finally, the TCC section clarifies the appointment of the auditor by the court. The AUSCGIE stipulates the persons who may request a special audit from the court and the conditions required. On this basis, AUSCGIE analyses who can benefit from this right and then focuses on the conditions required to apply to the court. It then explains how the court will appoint an auditor. Finally, in the section on the comparison of the new right introduced by the two laws, the comparison of the special audit is analysed from different perspectives. Firstly, a comparison is made in terms of the persons entitled to the right, then a comparison is made in terms of the conditions and the appointment of the auditor.

Keywords

Corporate Law, Minority Rights, Special Audit, Right to Information, Shareholder.

Extended Abstract

Special audit is a non-permanent audit, which is carried out by an auditor appointed by the court and not by the general assembly in order not to be biased and bound, in order to shed light on some issues that remain in the dark in order for the shareholders to exercise their rights arising from the company in an informed manner. One of the important innovations introduced by the new regulations in Turkish and Ohada law is the right to request a special audit in joint stock companies. In this study, the new right introduced by the two laws will be analysed and compared. After the TCC, the right to request an audit in AUSCGIE is analysed. Afterwards, a comparison of the two laws is made and the study is concluded.

From this point of view, while analysing the right to request an audit under the TCC, we first examined who will be entitled to request this right. After analysing the right holders, the conditions for the request and the appointment of the auditor are examined. In joint stock companies, according to the relevant article, the shareholders of the company have the right to request a special audit at the general assembly meeting, regardless of their share ratios. Although this right is granted to all shareholders of the company at the general assembly meeting, in case it is not accepted by the general assembly, the right to apply to the court for special audit is only granted to minority shareholders. In addition to minority shareholders, the right to apply to the court for an audit is also regulated for shareholders whose share value exceeds the amount determined by the law, regardless of whether this ratio is reached or not. The TCC stipulates three conditions: firstly, the right to information must be exercised before the requesting shareholder or another shareholder makes an audit request; secondly, the special audit must be obligatory for the exercise of one of the shareholder rights; and thirdly, the purpose of the request must be limited and specified by the requesting shareholder. If the general assembly does not accept the special audit request of one of the shareholders, the right to request an audit will be a right recognised only to minority shareholders. The court, after determining that the relevant conditions are fulfilled by the shareholder requesting the special audit and after hearing both the company and the requester, issues the decision and appoints the auditor.

In the AUSCGIE, the request for an audit and the appointment and assignment of the auditor are left entirely to the court. The law stipulates the persons who can request a special audit from the court and the conditions required. On this basis, the AUSCGIE analyses who can benefit from this right and then examines the requirements for applying to the court. Afterwards, it is explained how the court will appoint a supervisor. In the AUSCGIE, minority shareholders may request the appointment of a special auditor from the court for the purpose of informing about a specific issue related to the company, if they have the minimum ratio of the capital determined by the law. Therefore, minority shareholders are the persons who can make a request in joint stock companies. In the Law, the right to request a special audit is subject to the condition of holding a certain percentage of the company capital. The main condition for the exercise of this right is the representation of at least one tenth of the capital. The other condition stipulated in the relevant article is that the subject matter of the audit should constitute certain issues. AUSCGIE does not require the formality of submitting the special audit request to the board of directors before the court. It is sufficient for the minority shareholders to request a special audit from the court for the purpose of informing the court for a specific subject of the company with the minimum ratio of the share capital determined by the law. If the request

is accepted, the competent court determines the scope of the audit and the powers of the auditors. It is also up to the judge to select the auditor according to the relevant audit subject. However, this person must be an expert or sufficiently knowledgeable in the relevant field.

Although it is analysed and compared the Ohada and Turkish law within the framework of the right to request a special audit and it is seen that the conditions and procedures of the request are different, they also have common points. However, the main purpose of both laws is to protect the rights of minority shareholders and to enlighten and inform those concerned about certain issues related to the company through audit.

GİRİŞ

Çoğunluk ilkesine göre anonim şirketlerin yönetimi prensip olarak çoğunluk pay sahiplerinin ellerindedir¹. Pay sahipleri arasındaki çıkar çatışması, şirket yönetiminin sermayenin yüksek bir oranını temsil eden ortakların elinde olmasından kaynaklanmaktadır Anonim şirkette ortak olan yerli ya da yabancı pay sahipleri, şirketin yönetiminde etkili olacak kadar sermaye payına sahip değilse, Ohada² (*Acte Uniforme Relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement D'Intérêt Economique/AUSCGİE*³) ve Türk Ticaret Kanunu⁴ (TTK)'nin sağladığı azlık haklarından yararlanacaktır.

AUSCGİE ve TTK, Türkiye'ye ya da Ohada üye ülkelere⁵ yatırım yapmak isteyen ve anonim şirketlerde payların çoğunluğunu elinde tutma kapasitesine sa-

¹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, (İstanbul: 2014), N. 465; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (Ankara: 5. Baskı, 2017), 275; Sami Karahan, *Şirketler Hukuku*, (Konya: 2012), 341; Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklıkta Ticaret Hukukundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", *Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul* (1998): 297.

² Afrika Ekonomik Hukukun Uyumlaştırılması Örgütü (Organisation pour L'Harmonisation En Afrique Du Droit Des Affaires/OHADADA), 17.10.1993 tarihinde Port Louis şehrinde imzalayan Afrika'da ekonomik hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin sözleşme ile eski Fransız sömürgesi olan Fransız bölgesi ülkeleri tarafından, ekonomik hukuklarını uyumlaştırarak yabancı yatırımcıları çekmek amacıyla kurulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.ohada.org>; Ayrıca bkz. Julie Paauin, "L'Harmonisation Du Droit Des Affaires En Afrique: Le Projet De L'OHADA", D-04-15 (2015): 1, Erişim Tarihi: Nisan 30, 2023, <https://www.ohada.com/documentation/doctrine/ohadata/D-04-15.html?download=pdf>; Mert Namli, "Afrika'da Ekonomi Hukuku'nun Uyumlaştırılmasına İlişkin Sözleşme'ye (Ohada Sözleşmesi) Genel Bakış", *MHB*, Cilt 33, Sayı 1, 91-123, (2013): 98, 99 ve 100, Erişim Tarihi: Nisan 30, 2020. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411326>.

³ Ohada taraf devletleri yeknesak işlemler yoluyla hukukun tekdüzeleştirilmesi hedeflerine ulaşmak istemektedir. Bu yeknesak işlemler arasında Ticari Şirketler ve Ekonomik Menfaat Grupları Hukukuna İlişkin Yeknesak Kanun (*Acte Uniforme Relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement D'Intérêt Economique/AUSCGİE*) da yer almaktadır. Bu kanun 30 Ocak 2014 tarihinde Ouagadougou'da (Burkina Faso) kabul edilmiştir. 4 Şubat 2014 tarihinde, 17 Nisan 1997 tarihli Kanun'un yerini alan gözden geçirilmiş Yeknesak Kanun OHADA Resmî Gazetesi'nde yayımlanmıştır. Gözden geçirilmiş Yeknesak Kanunu 05 Mayıs 2014 tarihinden itibaren üye devletlerde geçerli olup, üye devletlerden herhangi birinde kurulmuş olan tüm şirketler için geçerlidir. Bu çalışmada ilgili yeknesak kanun orijinal ifadesinin kısaltması olan AUSCGİE ibaresiyle anılacaktır. Kanun için bkz. <https://www.ohada.com/textes-ohada/actes-uniformes.html>.

⁴ RG: 14.02.2011, S. 27846, Erişim için ayrıca bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6102.pdf>.

⁵ OHADA Üye Ülkeleri şu şekildedir: Benin, Burkina Faso, Çad, Ekvator Ginesi, Fildişi Sahilleri, Gabon, Gine, Gine Bissau, Kamerun, Komorlar Birliği, Kongo Cumhuriyeti, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Mali, Nijer, Orta Afrika Cumhuriyeti, Senegal, Togo.

hip olmayan yabancı yatırımcıların menfaatlerinin korunmasını sağlayacak özel denetim isteme hakkını düzenlemektedir. Bu çalışmada, *AUSCGİE* ve TTK'de halka kapalı anonim şirketler açısından, azlık pay sahiplerine tanınan özel denetim talep etme hakkı incelenecek ve iki hukuk sistemindeki özel denetim talebine ilişkin düzenlemeler karşılaştırılacaktır.

I. TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKI

Anonim şirketleri pay sahiplerinin özel denetim isteme hakkı, TTK ile getirilen önemli bir yeniliktir. Özel denetim, taraflı ve bağlı olmaması için genel kurul tarafından değil, mahkeme tarafından atanan bir denetçi aracılığıyla, pay sahiplerinin şirketten doğan haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilmeleri için karanlıkta kalan bazı konulara ışık tutmak amacıyla gerçekleştirilen sürekli olmayan denetim olarak tanımlanabilir⁶. Buna göre TTK 438 maddesinin birinci fıkrasına göre: “Her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer alması bile genel kuruldan isteyebilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Denetçinin atanması ve ona görev verilmesi TTK'de tamamen mahkemeye bırakılmaktadır. Kanunda özel denetim talebinde bulunabilecek kişiler belirtildiği gibi talepte bulunmak için gereken koşullar da öngörülmektedir.

A. ÖZEL DENETİM TALEBİNDE BULUNACAK KİŞİLER

1. Pay Sahipleri

Anonim şirketlerde pay sahibi, payın maliki olarak payı aracılığıyla şirketle hukuki ilişkiler kuran kişidir⁷. Özel denetim isteme hakkında bulunacak kişiler şüphesiz şirket pay sahipleridir. TTK'nın 438. maddesi “her pay sahibi ... özel bir denetimle açığa kavuşturmasını isteyebilir” ibaresiyle bu durum açıkça belirtilmiştir. Anonim şirketlerde ilgili maddeye göre şirketin pay sahiplerine pay oranlarına bakılmaksızın genel kurul toplantısında özel denetim talep etme hakkı tanınmıştır. Genel kurulda talepte bulunulduğu sırada pay sahibi olunması gerekmektedir. Payın değeri, kazanım şekli, senede bağlı olup olmaması ya da kayıt altında izlenip izlenmemesinin hakkın kullanılması bakımından bir önemi yoktur⁸. Pay sahibinin talepte bulunmak için oy hakkına sahip ya da oy hakkında yoksun olması açısından da bir ayırım bulunmamaktadır⁹.

⁶ Şirin Güven, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim”, *Çankaya University Journal of Law* (2011): 134 vd, Erişim Tarihi: Mayıs 04, 2023. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/45456>.

⁷ Aytekin Çelik, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma* (Ankara: 3. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2013), 32.

⁸ Süleyman Kıran, “Anonim Şirket Genel Kuruluna Özel Denetçi Atanması İçin Teklifte Bulunma Hakkı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 149, (2019): 36.

⁹ Şafak Narbay, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetim* (İstanbul: 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010), 49.

TTK'nin 438. maddesinin birinci fıkrasına göre denetim isteme hakkının, hiçbir ayırım yapılmaksızın tüm pay sahiplerine tanınmış bir hak olduğu belirtilmiş, ancak şirket üzerinde hak sahibi olan diğer kişilerin de bu haktan yararlanıp yararlanamayacağı belirtilmemiştir. Bu sorunun cevabı maddenin gerekçesinde yer almakta ve bu hakkın intifa ve senet hakkı sahipleri ile şirket alacaklılarına tanınmadığı belirtilmektedir. Bu kişilere şirketin esas sözleşmesi ile denetim isteme hakkı verilip verilemeyeceği ise tartışmaya açık olup konuyla ilgili öğretide farklı görüşler görülmektedir. *Pulaşlı*'ya göre, anılan kişiler özel denetim isteme hakkına sahip değildir¹⁰. Buna karşılık *Eriş* ise, emredici bir hüküm bulunmadığından, pay sahipleri hariç şirket ile ilişkisi var olan kişilerin haklarının korunmasının şirket açısından yararlı olması halinde, bu kişilere esas sözleşme ile özel denetim talep etme hakkı tanınmasını uygun görmektedir¹¹. Kanaatimizce, TTK m. 340'ta düzenlenen ve esas sözleşmeye koyulacak hükümleri sınırlayan "emredici hükümler ilkesi" çerçevesinde bahse konu kişilere özel denetim hakkı tanınmamalıdır.

2. Azlık Pay Sahipleri

Anonim şirketlere prensip olarak çoğunluk ilkesinin hâkim olması nedeniyle azlık pay sahiplerinin haklarının çoğunluğa karşı korunması gerekmektedir¹². TTK'de azlık pay sahibi, 438. maddede belirtildiği üzere şirket sermayesinin asgari bir oranına sahip olan kişilerdir. Şirket sermayesinin asgari oranı, şirketin halka kapalı bir anonim şirket veya açık olmasına göre değişmektedir. Halka kapalı bir anonim şirkette oran en az onda biri açıklarda ise en az yirmide biridir. Özel denetim, genel kurulda bireysel hak olarak her pay sahibi tarafından talep edebildiği gibi azlık pay sahipleri de evleviyet ilkesi gereğince bu hakka sahiptir¹³. İlgili madde hükmünde genel kurul toplantısında söz konusu hak şirketin bütün pay sahiplerine tanımakla beraber genel kurul tarafından kabul edilmemesi durumunda, özel denetim için mahkemeye başvurma hakkı yalnızca azlık pay sahiplerine tanınmaktadır. TTK madde 439 hükmüne göre: "*Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibarı değeri toplamı en az bir milyon Türk lirası olan pay sahipleri üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atamasını isteyebilir*".

¹⁰ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*. C. II, (Ankara: 3. Baskı Adalet Yayınevi, 2018), 1641-1643.

¹¹ Gönen Eriş, *Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı- 6335 ve 6552 sayılı Kanunla Güncellenmiş TTK Hükmüne Göre Ticari İşletme ve Şirketler*, Güncellenmiş Ç. III. (Ankara: 2. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2014), 2647.

¹² Çelik, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*, 58.

¹³ Narbay, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetim*, 58.

3. Paylarının İtibarı Değeri Toplamı En Az Bir Milyon Türk Lirası Olan Pay Sahipleri

TTK’de halka kapalı anonim şirketler için 1/10 ve halka açıklarda 1/20 oranında şirket sermayesinin belirli bir oranını temsil etmesi beklenen azlık yanında bu orana ulaşır ulaşmadığına bakılmaksızın, paylarının değeri kanunda belirlenen miktarı aşan pay sahiplerine de denetim talebi için mahkemeye başvurma hakkını düzenlemektedir. Azlık hakları genel olarak sermayeyle oransal olarak düzenlenmektedir. Nominal azlık düzenlemesi ise yalnızca özel denetçi atanması konusunda düzenlenmiştir¹⁴. Belirtmek gerekir ki, şirketteki hisselerinin toplam değeri bir miktara ulaşmış olan pay sahipleri, TTK’deki tüm azlık haklarını değil, yalnızca söz konusu mahkemeden özel denetim talep etme hakkını kullanabileceklerdir.

B. ÖZEL DENETİM TALEP ŞARTLARI

Özel denetim talebine ilişkin kanunda öngörülen şartlar, özel denetim talebinin genel kurul tarafından kabulüne veya reddine bağlı olarak farklılık göstermektedir.

1. Genel Kurulda Özel Denetim Talebinin Kabul Edebilmesi İçin Gereken Şartlar

a. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılması

Anonim şirketlerde özel denetim talep edilecek konuya ilişkin olarak, öncesinde pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde hiçbir pay sahibi bu önemli haktan yararlanamaz¹⁵. Bu şart ön koşul olarak, özel denetim isteme hakkı için kanun diğer tüm koşullardan önce gelmektedir¹⁶. Bu ön şartın düzenleniş amacı, denetim isteme hakkının suiistimal edilmemesi ve bu yolla şirkete zarar verilmemesini sağlamaktır.

Bilgi alma hakkının önceden kullanılması bir ön koşul olarak TTK m. 438’de düzenlenmiş olmakla birlikte, kanun koyucunun kullandığı “önceden” ifadesi, mutlak da olsa, bu hakkın pay sahibi tarafından mevcut genel kurulda değil geçen toplantıda kullanmış olması anlamına gelmez¹⁷. Geçen genel kurul toplantısında

¹⁴ Şaban Kayıhan, *Şirketler Hukuku* (Ankara: 4. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2020), 242-243.

¹⁵ Emir Bay, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim İsteme Koşullarının 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Açısından Karşılaştırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 7, S. 69 (2012): 23.

¹⁶ TTK m. 438 gerekçesinde “...Talebin kötüye kullanılması ve şirkete zarar vermesi tehlikesinin azaltılması amacıyla, pay sahibinin bu öneriyi yapabildiği bir ön şarta ve bazı maddi şartların varlığına bağlanmıştır. Maddi şartlar bir anlamda gereklilik şartlarıdır. Ön şart, özel denetim istenen konuda, bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olmasıdır. Bu şartın gerçekleştiği genel kurul tutanağıyla ispatlanır. Ön şart özel denetimi bilgi alma hakkına bağlamakla, iki kurum birlikte yorumunu gerekli duruma getirmektedir. Ön şart, bilgi vermenin baştan savarcasına yapılmasını da önlemek amacıyla yöneliktir...” ifadelerine yer verilmiştir.

¹⁷ Nihan Değirmencioğlu Aydın, *Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015), 29.

kullanabildiği gibi, bilgi alma hakkını kullandığı aynı genel kurul toplantısında özel denetim talebinde de bulunabilir. Bu durumda önemli olan zaman olarak genel kurulda pay sahibi olarak talepte bulunmadan önce bu şartın yerine getirilmesidir¹⁸. Başka bir deyişle bilgi edinme ve inceleme hakkının talepten önce kullanılması yeterli olup her iki talebin aynı genel kurulda istenmesi önünde herhangi bir engel yoktur. Dolayısıyla, genel kurulda söz konusu şartı yerine getiren pay sahibi, özel denetim talebi için bir sonraki genel kurulu beklemek zorunda değildir¹⁹.

TTK m. 437/2'ye göre, pay sahiplerinin bilgi edinme ve inceleme haklarını genel kurul toplantısında kullanmakta ve kural olarak bilgi, genel kurulda verilmektedir. Fakat aynı maddenin dördüncü fıkrasında söz konusu hakka ilişkin yalnızca genel kurul esnasında değil, yönetim kurulundan da istenebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla pay sahibelerinden biri genel kurulda ya da toplantının öncesinde yönetim kurulundan bilgi edinme talebinde bulunması ve isteğine cevap alamaması şeklinde hakkını kullanmış sayılması gerekir²⁰. Bilgi verilmemesi veya eksik bilgi verilmesi durumunda bu hakkın azlık pay sahipleri tarafından mahkemede “Bilgi Alma ve İnceleme Davası” açılarak da kullanması imkânı da tanınmıştır²¹. Bu koşulla ilgili olarak ortaya çıkan diğer önemli soru ise, bilgi edinme hakkının talepten önce yerine getirilmesi koşulunun aynı pay sahibi tarafından kullanılıp kullanılmayacağıdır. Bu sorunun cevabı ilgili maddenin gerekçesinde açık bir şekilde verilmiş olup gerekçeye göre “bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış pay sahibi ile özel denetim isteyen pay sahibinin aynı kişi olması zorunlu değildir...” şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur. Bu ifadenin aksine yapılan yorumlar ya da verilen görüşler TTK 438 maddesindeki “her pay sahibi” ibaresine aykırı olacaktır²².

b. Özel Denetimin Pay Sahipliği Haklarının Kullanılabilmesi İçin Gerekli Olması

Anonim şirket pay sahiplerinin denetim talebinde bulunabilmelerinin diğer şartı ise, özel denetim pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olmasıdır. Başka bir ifade ile, denetim neticesinden pay sahipliğinden kaynaklanan hak kullanılmayacaksa, özel denetimi herhangi bir pay sahibi tarafından talep edilemez²³.

¹⁸ Arslan Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, *Batider*, C. XXXI, S. 1, (2015): 76.

¹⁹ Fatma Ezgi Çelik, “6102 Sayılı TTK Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (2019): 17.

²⁰ Kaya, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, 64.

²¹ Mustafa Erdem Can, *Şirketler Hukuku Dersleri* (Ankara: 4. Baskı, 2022), 230.

²² Hasan Pulaşlı, “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE 133 III 133) 20.12.2006 Tarih ve 4C278/2006 sayılı Kararı” (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi), *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, C. II., Ankara, On İki Levha Yayıncılık (2010): 1874.

²³ Aydın, *Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı*, 36.

TTK 438 maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca, herhangi bir pay sahibinin, şirketteki hakkını kullanması için gerekli olduğu takdirde, denetim talep etme hakkını kullanabileceğini öngörülmektedir. Öğretide pay sahipliği hakları, farklı kategori ile sınıflandırmış, bunlardan katılma hakkı ve oy hakkıdır. Özel denetim isteme hakkı ise sorumluluk davasının temelini oluşturan bir haktır²⁴. Pay sahibinin şirketten doğan haklarının kullanılmasına en çok katkı sağlayabilecek hak oy hakkıdır²⁵. Oy hakkının kullanılabilmesi için pay sahibinin bilgi almasının gerekli olduğu açıklanmaktadır²⁶.

c. Özel Denetim Konusunun Belli Olması

Özel denetim talep edilen konunun belirlenmiş olması gerekmektedir. Pay sahibinin özel denetim ile aydınlatmak istediği hususları anlaşılabilir bir şekilde belirlemesi, özel denetim sürecini kısaltacak ve denetçinin işlerini de kolaylaştıracaktır. Dolayısıyla, özel denetim istenen konunun içeriğinin ve sınırlarının belirli olması²⁷ ve genel nitelik taşımaması gerekmektedir²⁸. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin özel denetim hakkını kullanmalarının esas amacı, belirli konularda bilgilendirilmek ve aydınlatılmaktır. TTK'de "belirli olaylarının özel denetimle açıklığa kavuşturulması" şeklinde bu durum ifade edilmektedir²⁹. Bununla beraber belirli konular, hukuka aykırılık, yerindelik denetimi ya da organların takdir yetkilerinin incelenmesi gibi konular olamaz³⁰. Ayrıca, özel denetim talebine ilişkin hakkın zamanaşımına uğramamış olması gerekmektedir³¹.

2. Genel Kurulun Talebi Reddi Üzerine Mahkemeye Başvurmak İçin Gerekli Şartlar

a. Mahkemeye Başvurabilecek Kişiler

Pay sahibinin genel kurul toplantısında belirli bir konu üzerinde denetim hakkını kullanmış olması ve talebinin reddedilmesi halinde, TTK'nin 439. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirtildiği üzere, mahkemeye başvurabilecek pay sahipleri, sermayenin en az onda birine sahip olanlar, açık bir şirket ise sermayenin en az yirmide birine sahip olanlardır. Belirlenen oranları tek ya da birden fazla pay sahibi sağladığında özel denetim isteme hakkı kullanılabilir. Genel kurulda tüm pay sahiplerine herhangi bir oran aranmaksızın söz konusu

²⁴ Kaya, "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", 78.

²⁵ Aydın, *Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı*, 36.

²⁶ Soner Altaş, "Limited Şirket Ortaklarının Bilgi Alma, İnceleme ve Özel Denetim İsteme Hakları", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 111, (2015): 82. Aydın, 69.

²⁷ Soner Altaş, "Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirket Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteme Hakkı ve Özel Denetçi", *Terazi Hukuk Dergisi* C. 7, S. 69, (2012): 50.

²⁸ Erdoğan Moroğlu "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C. 42, S. 1-4, (1976): 343.

²⁹ Ancak ilgili maddede hangi olayların özel denetim konusu olacağı düzenlenmemiştir.

³⁰ Pulaşlı, *Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi*, 1872, Güven, 148.

³¹ Narbay, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetim*, 67.

hak verilmişken, ret kararı halinde mahkemeden özel denetim isteme hakkı sermayenin belirli oranına sahip olma şartına bağlanmıştır.

Genel kurul ortaklardan birinin özel denetim talebini kabul etmezse, denetim isteme hakkı sadece azlık pay sahiplerine tanınmış bir hak olacaktır. Azınlığın başvurusu halinde, mahkemenin şirkete özel denetçi atanmasına karar vermesine kadar bu sıfatın devam etmesi gerekmektedir³². Ancak özel denetim süreci boyunca devam etmesi gerekmemektedir³³.

TTK m. 439. maddede görüldüğü gibi sadece belirtilen oranı oluşturan azlık değil, aynı zamanda değeri bir milyon Türk lirasını aşan hisseye sahip hissedarlar da bu haktan yararlanabilmektedir. Dolayısıyla, özel denetim başvurusunun genel kurul tarafından reddedilmesi halinde, azlıkla birlikte toplam itibari değeri bir milyon Türk lirası toplam paya sahip olanlar da mahkemede özel denetim isteyebilirler. Pay sahipleri, payların onda birine sahip olmasa bile itibari değeri toplamının bir milyon Türk lirasına ulaşması halinde orandan bağımsız olarak özel denetim talep edebilmektedir. Burada önemli olan itibari değer toplamıdır. Çok büyük sermayeli ve hisse değeri yüksek şirketlerde, azlık için belirtilen orana ulaşmak zor olabileceğinden, kanun koyucu tarafından sabit bir asgari miktar öngörülmüştür. Bu asgari miktarın düzenlenme amacı anonim şirket pay sahiplerinin haklarının ve dolayısıyla pay sahiplerinin şirkete yatırımının korunmasıdır.

Eski TTK'nin 348. maddesinin 1. fıkrasına göre, azlık hissedarlarının özel denetçi atanması için mahkemeye başvurabilmeleri için genel kurul tarihi itibarıyla en az altı aydır sermayenin %10'una sahip olmaları gerekmektedir. Yeni TTK ise, başvuru yapabilmek için belirli bir süre içinde belirli bir yüzdeye sahip olma şartını öngörmemektedir. Talepte bulunan sermayenin %10'na sahip olanların, bu orana mahkemede talepte buldukları esnada sahip olmaları gerekmektedir.

b. TTK m. 438/1 Şartlarının Gerçekleşmiş Olması

Mahkemede denetim isteme hakkının kullanılabilmesi için TTK m. 438/1'de düzenlenen koşulların sağlanması gerekmektedir. Yukarıda anlatıldığı gibi TTK m. 438'de üç şart düzenlenmiştir. Bu koşulları kısaca özetleyecek olursak, ilk olarak bilgi edinme hakkı, talepte bulunan pay sahibi veya başka bir pay sahibi denetim talebinde bulunulmadan önce kullanılması, asıl önemli nokta bu hakkın denetim konusu ile ilgili olarak kullanılması gerektiğidir. İkinci olarak, özel denetim pay sahibi haklarından birinin kullanılması için gerekli olması ve şirketin

³² Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 1644; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, 70; Bulut Uçar ve Ceren Gülnur, *Anonim Şirketlerde Özel Denetim* (Ankara: 1. Baskı Adalet Yayınevi, 2018), 102-103.

³³ Hasan Pulaşlı, "Anonim Şirketlerde Özel Denetçi Atanması İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Saygı Konferansı* ed. Burcu Göçet, İstanbul, *On İki Levha Yayıncılık* (2017): 597.

çıkarlarını tehlikeye atabilecek veya rakiplerine fayda sağlayabilecek bilgi elde etmek için olmamasıdır. Üçüncü olarak, talebin amacı sınırlandırılmalı ve talep eden ortak tarafından belirtilmelidir.

Gerekli şartları taşımayan talepler karşısında, mahkeme tarafından dava, hakkın niteliği gereği reddedilmemelidir. Mahkeme tarafından davacı pay sahiplerine ön inceleme duruşmasında uygun bir süre verilmeli, özel denetim talep edilen konuların açıklanması ve hangi olaylar için özel denetçi talep edildiğinin somutlaştırılması istenmelidir³⁴. Pay sahibinin denetlenmesini istediği konuları anlaşılır bir şekilde belirtmesi, mahkemenin karar alma süresini azaltacaktır³⁵.

C. DENETÇİNİN ATANMASI

Mahkeme, ilgili şartların özel denetim talep eden pay sahibi tarafından yerine getirildiğini tespit ettikten ve hem şirketi hem de talep sahibini dinledikten sonra, kararını verecektir³⁶. Özel denetçi atama talebinin uygun görülmesi halinde mahkeme, özel denetimin konusunu belirleyerek bir ya da daha fazla uzman kişiyi görevlendirecektir³⁷. Uzman kişi, mahkeme tarafından belirlenen denetim konusu³⁸ ile ilgili olarak ihtisas sahibi kişiler arasından seçilecektir. Bu bağlamda özel denetçi, hukukçu, muhasebeci, mühendis, gayrimenkul değerlendirme uzmanı, mali müşavir olabilecektir³⁹. Seçilen özel denetçi, şirketin gizliliğini koruyarak, incelenecek konuların sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bir raporu mahkemeye sunacaktır⁴⁰.

II. AUSCGİE'YE GÖRE ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKI

AUSCGİE ile getirilen en önemli yeniliklerinden biri, azlık pay sahiplerin talebiyle özel denetim isteme hakkıdır. Bu hak, Ohada üye devletlerindeki anonim şirketlerde azlık pay sahiplerinin haklarını güçlendirmektedir. *Pougoué*'ye göre, denetim hakkı “*sermayenin belirli bir kısmını elinde bulunduran ortaklara, söz konusu bir veya daha fazla işlem hakkında denetim açılmasını talep etme hakkı*” olarak tanımlanmaktadır⁴¹. Şirketlerin yönetiminde şeffaflığı derinleştirmek ve güçlendirmek için, Ohada yasa koyucusu, AUSCGİE m. 159 ve 160'ta mahke-

³⁴ Turan Kağan, “Özel Denetimin Konusu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2021): 579, Erişim Tarihi: Mayıs, 2023. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1501067>.

³⁵ Özdamar, 54.

³⁶ TTK m. 440/1.

³⁷ TTK m. 440/2.

³⁸ TTK m. 441.

³⁹ Şafak Narbay, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”. *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*. C. 1, İstanbul, (2007): 321.

⁴⁰ TTK m. 442.

⁴¹ Paul Gérard Pougoué, *Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Traités et Actes Uniformes Commentés et Annotés*, (Poitiers: 4. Ed Juriscope, 2012) p. 434.

meden özel denetim talep etme hakkını düzenlemektedir. AUSCGİE m. 159'a göre, "sermayenin en az onda birini temsil eden bir veya daha fazla pay sahibi, tek başına, grup halinde veya her ne şekilde olursa olsun, şirket merkezin bulunduğu yerde yetkili mahkemeden en yakın sürede, bir veya daha fazla yönetim faaliyeti hakkında bir rapor sunmak üzere sorumlu bir veya daha fazla denetçi atanmasını isteyebilmektedir"⁴².

AUSCGİE'de denetim isteme talebi ve denetçinin atanması ve ona görev verilmesi tamamen mahkemeye bırakılmaktadır. Kanunda mahkemeden özel denetim talebinde bulunabilecek kişiler ve aranan şartlar öngörülmektedir.

A. ÖZEL DENETİM TALEBİNDE BULANABİLECEKLER

AUSCGİ'ye göre azlık pay sahipleri, kanunda belirlenen sermayenin asgari oranına sahip olup şirketle ilgili belirli bir konu için bilgilendirme amacıyla mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebilirler. Ohada hukukunda azlık haklarına ilişkin⁴³ "minorité" ya da "minoritaire" terimleri kullanılmaktadır. Bu iki terim Türkçe'ye çevrildiğinde "azlık" ve "azınlığın" anlamına gelmemektedir. AUSCGİ'de, azlık haklarından bahsedilirken azlık kavramı, anonim şirketlerde sermayenin belirli bir oranına sahip olan pay sahipleri anlamını taşımaktadır. Ancak, denetim isteme talebinde bulunmak isteyen pay sahiplerinin açıkça sermayenin %10'una sahip olmaları gerektiği belirtilmektedir⁴⁴. Kanunda azlığın kim olduğunun belirlenmesi çok zordur. Hatta bazı yazarlara göre azlık pay sahiplerinin tam olarak kim olduğunun söylenmesinin imkânsız olduğu bile düşünülebilmektedir⁴⁵. Zira sermayenin %50'sinden fazlasını karşılamayan her pay sahibi genel kurulda kendisini azlıkta bulabilmektedir. Örnek olarak, genel kurul toplantısına katılan sermayenin %49'una tek başına sahip olan tek pay sahibi kararlara karşı olumsuz oy kullanmışsa ve her biri sermayenin %1'ini elinde bulduran 51 hissedar olumlu oy kullanmışlar ise, sermayenin %49'una sahip tek pay sahibi, sermayenin %1'ine sahip olan kişilere karşı azlıkta kalabilecektir⁴⁶. Kanaatimizce, azlık, sermayenin belirli bir oranına sahip olan pay sahiplerini değil, sermaye oranına bakılmaksızın şirketin kontrolüne sahip olmayan pay sahiplerini ifade etmektedir.

⁴² Asıl maddeden kendi çevirimizdir. Hükmün orijinali ise şu şekildedir: "Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander à la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion".

⁴³ Bkz. AUSCGİE m. 130, 131, 200 vd.

⁴⁴ AUSCGİ m. 159.

⁴⁵ Marie Danielle POISSON, "La protection des Actionnaires Minoritaires Dans Les Sociétés Des Capitaux", Université de Clermont-Ferrand, Thèse de Doctorat, (1984): 21.

⁴⁶ Aynı görüş için bkz. Ali Paslı, *Anonim ortaklık Kurumsal Yönetim, 2004 OECD İlkeleri ve 2005 SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde Gözden Geçirilmiş*, (İstanbul: 2. Baskı, Çağa Hukuku Vakfı Yayınları, 2005), 198 vd.

AUSCGİE m. 159'a göre, sermayenin onda birinden fazla sahip ya da temsil eden pay sahibi, şirket merkezin bulunduğu yerde yetkili mahkemeden özel denetim talebinde bulunabilmektedir". Kanunda özel denetim talep etme hakkı şirket sermayesinin belirli bir oranına sahip olma şartına bağlanmaktadır. Bu hakkın kullanması için esas şart sermayenin en az onda birinin temsil edilmesidir. Nitekim, Abidjan Temyiz Mahkemesi, AUSCGİE m. 159 hükmü uyarınca, sermayenin sadece %8'ini elinde bulunduran bir azlık şirket sermayenin onda birinden fazla sahip olmadığı gerekçesiyle denetim talebini kabul etmemiştir⁴⁷.

AUSCGİE m. 159 hükmünde "*bir veya daha fazla ortağın ... herhangi bir şekilde bir araya gelerek*" şeklindeki ifadesi, azlık pay sahiplerinin gruplaşmalarını açıkça kabul etmektedir. Öte yandan gruplaşma biçiminin niteliği konusunda belirsizlik devam etmektedir. Şüphesiz ki bu belirsizlik azlık pay sahiplerin lehine yorumlanarak, kendilerine koruma fırsatı sağlamaktadır. Dolayısıyla, azlık tarafından özel denetim talep etme hakkının kullanılabilmesi için gereken oranın, tek ya da birkaç pay sahibinin toplanması yoluyla sağlanması mümkündür.

Özel denetim isteme hakkı esas olarak azlık pay sahiplerin korunmasını amaçlamaktadır. Bilgi alma ve denetim yoluyla yönetimde şeffaflık sağlanması ve ortaklar arasındaki eşitliğin korunması, Ohada ülkeleri için önemli ve hassas bir konudur. Dolayısıyla, Ohada yasa koyucusu 30 Ocak 2014 tarihli *AUSCGİE* reformunda, özel denetim talep etmek için sermayenin belirli bir oranına sahip olma şartını %20'den %10'a indirmiştir. Bu azaltmanın amacı, azlık pay sahiplerinin şirket yönetimi üzerinde belirli bir kontrole sahip olmalarına fırsat tanıma arzusuyla açıklanabilmektedir. Denetim talep etme hakkı AUSCGİE reformunda en dikkat çekici reformlardan biridir⁴⁸.

AUSCGİE'deki, azlık pay sahiplerinin haklarını ileri sürmelerine ve şirket içinde yönetimi kontrol edebilmelerine olanak tanıyan denetim hakkı, sadece kontrol etmeye değil, aynı zamanda genel kurul veya yönetim organı tarafından işlenen olası usulsüzlükleri önlemeye veya yaptırım uygulamaya da yönlendirilebilir. Bilgi edinme ve şirketin yönetimi konusunda yöneticilerden hesap sorma imkânı da verir. Azlık pay sahiplerin çoğunluk hissedarlarının suiistimal ve hilelerine karşı, özellikle de çoğunluğun suiistimalini veya şirket çıkarlarını tehlikeye atmasını engelleyebilir. Başka bir ifadeyle, azlık menfaatlerinin zarar gördüğünü düşündükleri veya ciddi olayların şirketin sürekliliğini tehlikeye attığı durumlarda kullanılır. Bir tehlike fark ettikleri zaman denetim istemeden önce yöneticileri uyarabilirler.

Kanun azlık pay sahiplere yöneticilerin uyarılması hakkını vermiştir. Bu prosedürün denetim istenmeden önce kullanılmasının, azlık pay sahiplerinin kontrol

⁴⁷ CA Abidjan, chambre civile et commerciale, 5ème Chambre A, arrêt n°10 du 02 janv. 2001, Aff. Polyclinique Avicenne c/ Bassit Assad.

⁴⁸ Henri Désiré Modi Koko Bebey, "La réforme du droit des sociétés commerciales en Afrique", Rev. Sociétés (2002): 255.

talebini hızlandırmak için mahkeme önünde bir avantaj sağladığını düşünmekteyiz. Uyarı prosedürü, Ohada yasa koyucuları tarafından şirketlerin zor duruma girmesini önlemek ve aynı zamanda çözüm sağlamak için geliştiren yargı dışı bir prosedürdür. Bu prosedür yöneticilerin dikkatini çekmeyi amaçlamaktadır. Uyarı prosedürü, azlık pay sahiplerinin alarmı çalıştırmasını, yangını kontrol edilmesini ve zorlaştıracak oranlara ulaşmadan önce söndürmek için ilgili tüm tarafların dikkatlerini çekmesini sağlamaktadır. Gözden geçirilmiş *AUSCGİE* kanunu, yönetici olmayan ve şirketin niteliğine bakılmaksızın herhangi bir ortağa uyarı prosedürü hakkı vermektedir⁴⁹. Anonim şirketlerde, azlık pay sahipleri, bir yılda iki (2) kez yönetim kurulu başkanına şirketin devamını tehlikeye atması muhtemel herhangi bir konuda sorular sorabilmektedir⁵⁰. Sorulan sorulara on beş (15) gün içinde yazılı olarak cevap verilecektir. Kanun, azlıkların yönetim üzerinde uyguladığı denetimi açıkça kolaylaştırmaktadır. Bu hak, azlık pay sahiplerinin şirket yönetimini kontrol etme gücünü vurgulamaktadır. Azlık şirketin işleyişine seyirci kalmaz, bu denetim hakkı aracılığıyla işleyişe müdahale etme kapasitesine sahip olur. Özellikle, bilgi edinme haklarını kullanarak, yöneticilerden, şirketin temsilcileri olarak gerçekleştirdikleri eylemlerin bilincine varabilmeleri için kendilerine belge sağlamalarını talep edebilir. Özel denetim talebi, şirketin ekonomik, mali ve hukuki durumunu değerlendirmek amacıyla yapılır.

B. DENETİM KONUSUNUN BELLİ OLMASI

İlgili maddede öngörülen diğer şart ise denetim konusunu belirli konuların oluşturmasıdır. *AUSCGİE* özel denetim istemini, mahkemeden önce yönetim kuruluna iletilmesi formalitesini aramamaktadır. Azlık pay sahiplerinin kanunda belirlenen sermayenin asgari oranına sahip olup şirketin belirli bir konusu için bilgilendirme amacıyla mahkemeden özel denetim talep etmeleri yeterlidir.

Denetimin belirli konusunu, şirketin finansal verileri, şirket faaliyetinde önemli bir iş, çoğunluk pay sahiplerin kararları gibi konular oluşturabilir. Bu nedenle, denetim talep etme hakkı, azlık pay sahiplerini ilgilendiren ve bilgi edinme hakkını kullanarak gerekli cevap alanmamış belirli konuların açıklığa kavuşturulması için bir bilgilendirme aracıdır. Azlık pay sahiplerinin bilgi almak istediği konular genellikle hassas olmakta ve verilen bilginin sonrasında yönetim kurulunun, çoğunluk pay sahiplerin ve diğer ilgili tarafların sorumluluğu yoluna gidilebilmektedir. Dolayısıyla bilgi almak istenen konunun iyi açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

Mahkemeden bir denetçi tayin etmesi istendiğinde, hâkim özel denetimin konusunu belirleyemez ve sınırlandırma yapamaz. Azlık tarafından denetim talep edilen konunun belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Pay sahibi-

⁴⁹ *AUSCGİE* m. 157 ve 158.

⁵⁰ *AUSCGİE* m. 158 birinci fıkrası.

nin özel denetim ile açıklığa kavuşturmak istediği hususların somut ve anlaşılır bir şekilde belirlenmesi, mahkemede denetçi atanma süresini kısaltacaktır. Özel denetimin istendiği konunun içeriği ve sınırları genel nitelikte değil, spesifik olmalıdır. Örneğin, pay sahibinin oy hakkını kullanması, genel kurulda bilançoda gösterilen kârın doğruluğunun tespiti veya dürüstlük ilkesine uygunluğun tespiti gibi konularda aranan şart yerine getirilmemiş sayılmaktadır. Bir konunun hukuka aykırı olup olmadığına ve ihlal ile zarar arasında bir bağlantı olup olmadığına hâkim karar verecektir. Denetim bir uygunluk değerlendirmesi değil, konuyu açıklığa kavuşturan bir bilgi alma imkanıdır. Ayrıca denetçi, yönetimin operasyonel kararlarının sağlam veya amaca uygun olup olmadığını da değerlendiremez. Örneğin işçi ücretlerinin yeterli olup olmadığı gibi sorular özel denetime tabi tutulamaz. Ohada hukukunda, şirketin diğer bir şirketle birleşme işlemleri⁵¹, şirketin kuruluşundan itibaren hisselerin rayiç değeri ve elde edilen karın gerçek miktarının belirlenmesi ya da tespiti⁵², şirketin hesapları⁵³ ve bilançonun⁵⁴ onaylanması gibi konular için mahkemeden özel denetim taleplerinde bulunulabilir.

C. DENETÇİNİN ATANMASI

AUSCGIE m. 159'da “denetim talebinin yetkili mahkeme başkanına sunulması gerektiği” belirtilmektedir. Ohada yasa koyucusu, hangi mahkemenin yetkili mahkeme olduğundan bahsetmemektedir⁵⁵. Bu nedenle hangi mahkemenin yetkili olduğunu belirlemek için Ohada üye ülkelerine özgü iç usul hukuku kurallarını incelemek gerekmektedir⁵⁶. Dolayısıyla bir ülkeden başka ülkeye bu konuda yetkili mahkeme değişmektedir. Bu prosedürün etkinliği büyük ölçüde Ohada üye ülkelerinin ulusal düzenlemelerine bağlıdır. Hâkim, denetim açısından geniş bir takdir yetkisine sahiptir⁵⁷. Talebi değerlendirmek, kabul etmek ya da reddetmek onun inisiyatifindedir. Ancak denetim isteminin, şirket menfaati için

⁵¹ CA Cotonou, Arrêt N° 256/2000 du 17 /8/2000 AFFAIRE Société Continentale des Pétroles et d'Investissements Monsieur Séfou Fagbohoun Sonacop Monsieur Cyr Koty, Monsieur Mounirou Omichessan C/ Etat béninois, Ohadata J-06-101.

⁵² Tribunal hors classe de Dakar, ordonnance de référé, n° 901 du 9 août 1999, aff. Hassane Yacine c/ Société Nattes Industries, Ibrahima Yazback et autres, Ohadata J-02-198, obs. I. SAYEGH.

⁵³ Tribunal hors classe de Dakar, ordonnance de référé, n° 1671 du 23 déc. 2002, Aff. A. Ndiaye c/ N. LO, Ohadata J-03-186.

⁵⁴ Tribunal Régional de Niamey, ordonnance de référé n°245 du 22 oct. 2002, Aff. A. Hammoud c/ J. C. Lacour et E. Dorotheé.

⁵⁵ Dieudonné Tonga, “L’avis de la Cour commune de justice et d’arbitrage de l’Ohada du 30 avril, aspects généraux et fiscaux”, *Juridis périodique*, (2005): 81; Arhanase Foko, “Le droit Ohada et les droits nationaux des Etats Parties: une complémentarité vieille de plus d’une décennie”, *Rev. de droit international et de droit comparé*, (2008): 446.

⁵⁶ Bazı ülkelerde örneğin Çad’da ticaret mahkemeleri, Kamerun veya Senegal gibi ülkelerde sivil mahkeme ve ticaret odaları bulunmakta bu konuda yetkili mahkemenin bölge mahkemesi olduğu da görülmektedir.

⁵⁷ Joseph Formateu, “Le juge de l’exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun de l’article 49 de l’Acte uniforme Ohada portant voies d’exécution”, *Juridis périodique*, (2007): 97.

yapıldığına emin olmalıdır. Çünkü denetimin esas amacı elbette öncelikle şirket menfaatini korumaktadır⁵⁸.

AUSCGİE m. 160 hükmüne göre “*talebin kabulü halinde yetkili mahkeme tarafından görevin kapsamı ve denetçinin yetkileri belirlenir. Denetçilerin ücretleri şirket tarafından karşılanacak ve denetim raporu başvuru sahibine, yönetim kuruluna veya idari organlara gönderilecektir*”⁵⁹. Görüldüğü üzere, talebin kabul edilmesi halinde, yetkili mahkeme denetim kapsamını ve denetçilerin yetkilerini belirlemektedir. Ayrıca ilgili denetim konusuna göre denetçiyi seçmek de hâkime kalmaktadır. Ancak bu kişinin ilgili alanda uzman veya yeterince bilgili olması gerekmektedir⁶⁰. Denetçinin görevi kesinlikle hassas ve şirketin geleceği için önemli konulara ilişkin olabileceğinden, söz konusu denetim, konusu bağlamında kesin olarak sınırlandırılmıştır. İşlevi hissedarları bilgilendirmek olan denetim süreci, bu çerçevede sorumlu olan diğer organlara benzer yükümlülükler taşımaktadır. AUSCGİE m. 160 hükmünde, hâkimin şirket tarafından karşılanacak olan denetçinin ücretlerini de belirlediği belirtilmektedir. Görevin sonunda denetçi başvuru sahibine, yönetime, idare veya idare organlarına hazırladığı raporu gönderecektir. Bu rapora dayanarak azlık pay sahipleri örneğin yöneticileri ya da çoğunluğu sorumlu tutarak sorumlu olduğunu düşündüğü kişileri takip edebilmektedir⁶¹.

III. AUSCGİE VE TTK'DA ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKININ KARŞILAŞTIRMASI

A. HAK SAHİBİ KİŞİLER AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

TTK'de pay sahiplerinin anonim şirkette özel denetim isteme hakkı genel kurul aşamasında pay oranına bakılmaksızın bütün pay sahiplerine tanınmış bir haktır. Şartları yerine getiren bütün pay sahiplerinin talepte bulunabilmeleri mümkündür. Genel kurul, TTK tarafından belirlenen kurallara uygun olarak bir pay sahibinin talebini kabul ederse, mahkeme tarafından özel bir denetçi atanacaktır. Böylece genel kuruldan özel denetim talebinde bulunmak, ayrı bir azlık hakkı olarak nitelendirilmemelidir⁶². Buna karşın, Türk kanun koyucu, bireysel hakkı olarak tanıdığı denetim isteme talep hakkını, genel kurul tarafından talebin reddi halinde, azlık hakkına dönüştürmektedir. AUSCGİE'de ise durum farklıdır. Şöyle ki anonim şirketlerde genel kuruldan özel denetim isteme

⁵⁸ Monique Aimé Mouthieu, “L'intérêt social en droit des sociétés”, *L'Harmattan*, (2009): 324.

⁵⁹ AUSCGİE m. 160, Fransızca'dan Türkçeye kendi çevirimizdir. Hükmün orijinali ise şu şekildedir: “*s'il est fait droit à la demande, la juridiction compétente détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts. Les honoraires des experts sont supportés par la société. Le rapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration ainsi qu'au commissaire aux comptes*”.

⁶⁰ Alain Feneon, “La mésentente entre actionnaires dans les sociétés anonymes régies par l'Acte uniforme Ohada”, *Penant*, (2004): 265.

⁶¹ Paul Gérard Pougoué, Josette Nguebou Toukam et François Anoukaha, “*Commentaire sur l'acte uniforme Ohada relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, Ohada, traité des actes uniformes, commentés et annotés*”, (Juriscope 3e éd, 2008), p. 87.

⁶² Özdamar, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, 55.

hakkı her pay sahibine ve ret halinde mahkeme sürecinde azlık hakkına dönüşen bir hak değil, yalnızca mahkemeden talep edilebilecek ve yine sadece azlık pay sahipleri tarafından kullanılabilir bir haktır. Ohada yasa koyucusu azlıkları koruyan hakları düzenlerken çoğu hallerde bireysel haklar olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Ancak, özel denetim talep etme hakkından yararlanabilmek veya bu hakkı kullanabilmek için kanun, sermayenin belirli bir yüzdesine sahip olunmasını şart koşmaktadır.

AUSCGİE’de azlıkları koruyan hakların bireysel haklar olarak düzenlendiği bazı haklar kısaca şöyledir: Ohada yasa koyucusu, tüm pay sahiplerine herhangi bir zamanda sürekli bilgi edinme hakkını ve son üç yıla ait şirket mali belgeleri, tutanaklar, hissedar listesinin, katılım formları, yönetim raporu gibi belgeler hakkında bilgilendirilme ve inceleme hakkını bireysel hak olarak kabul etmektedir⁶³. Bilgi edinme hakkı, öğretide azlık tarafından uygulanan bir kontrol aracı olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Bu hak, şirket yöneticisi olmayan tüm ortaklara tanınan temel bir hak olup azlık pay sahipleri için gerçek bir güç oluşturmaktadır. Azlık pay sahiplerin AUSCGİE m. 525 ve 526 hükümlerinde öngörülen belgeleri edinmeleri çoğunluk ya da yönetim tarafından reddedilebilmektedir. Dolayısıyla, AUSCGİE uyarınca, herhangi bir ortağın ayırım yapmaksızın, bilgi edinme talebinin şirket yöneticileri tarafından reddilmesi durumunda, hâkim önünde şirket belgelerinin zorla iletilmesi sağlanabilmektedir⁶⁵. Aynı prosedür Fransız Ticaret Kanunu’nda da öngörülmektedir⁶⁶. Diğer bir hak ise, AUSCGİE m. 200/5’e göre, her pay sahibinin haklı sebeplerden dolayı anonim şirketin feshini mahkemeden isteme hakkıdır. Başka ve son bahsedilen hak, AUSCGİE m. 130 hükmünde düzenlenen çoğunluk pay sahiplerinin, azlık pay sahiplerinin çıkarlarına aykırı olarak, yalnızca kendi çıkarlarına yönelik bir karar için oy kullandıklarında ve bu kararın şirket menfaati ile gerekçelendirmez olması durumunda çoğunluk hakkının kötüye kullanmış sayılması durumundadır. Kanun, kararı alan pay sahipleri arasında olmayan tüm pay sahiplerine, mahkemeden kararın hükümsüzlüğü ve oy kullanan çoğunluk pay sahiplerinin kişisel olarak sorumluluğunu etme imkânı tanımaktadır. Ayrıca çoğunluğun hakkını kötüye kullanması hâkim tarafından tespit edildiğinde, azlık pay sahiplerin gördükleri zararların tazmini kararı olumlu oylayan pay sahiplerinden istenebilecektir. Görüldüğü gibi hatta burada da Ohada yasa koyucusu sadece azlıktan bahsetmiştir ancak belirli bir orandan söz etmemiştir.

Ohada yasa koyucunun amacı, ortakların ortak sıfatından kaynaklanan belirli haklarını garanti altına almaktır. Bu hakların ortağın sıfatıyla bağlı olduğu ve pay

⁶³ AUSCGİE m. 525 ila 528 hükümlerinde azlık pay sahiplerin bilgi edinme ve inceleme hakları düzenlenmektedir.

⁶⁴ Marcel Williams Tsopbeing, "L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés Ohada" *Revue de L'ERSUMA*, (2016): 4, <https://revue.ersuma.org/no-6-janvier-2016/doctrine/article/l-information-des-associes-une>.

⁶⁵ AUSCGİE m. 528.

⁶⁶ Fransız Ticaret Kanunu m. L-238-1, Erişim Tarihi: 01.05.2023. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006083281/#LEGISCTA000006083281.

sahiplerin kendileri tarafından değiştirilemeyeceğidir. Bu haklar, azlık ortakları da dahil olmak üzere bir şirketteki tüm ortaklar için aynı niteliktedir. Böyle bir düzenleme azlık için gerçek bir koruma aracıdır. Zira çoğunluk pay sahipleriyle aynı yasal avantajlardan yararlandıkları ölçüde azlık pay sahipleri için bir koruma olarak görünmektedir. Tüm pay sahiplere tanınan haklar şirketin tüm aktörlerine aynı yasal avantajları sağlamaya yönelik bir yasama iradesinin doğrudan veya dolaylı sonucudur. Şirkette küçük paylara sahip olmalarına rağmen bir sürü haklardan yararlanan azlık pay sahipleri için önemli bir avantaj teşkil etmektedirler.

AUSCGİE ve TTK’de anonim şirketlerde özel denetim talebinin mahkemeden istenmesi ve bireysel bir hak olarak tanınması kanaatimizce daha faydalı olacaktır. Böylelikle anonim şirketlerde, çoğunluk ilkesini sınırlandırmak ve menfaatler dengesini sağlamak için sadece bir paya sahip olanlara dahi mahkemeden özel denetim isteme hakkı tanınmış olacaktır.

B. TALEP ŞARTLARI AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

Anonim şirketlerde özel denetim talebine ilişkin TTK’nin düzenlediği şartlar, genel kurul toplantısında talep edilmesi ve genel kurulda reddedilmesi halinde mahkemeden talep edilmesine göre değişmektedir. Ancak, AUSCGİE’de özel denetim talebi genel kurulda değil sadece mahkemeden istenebileceği için şartlar açısından böyle bir ayırım görülmemektedir.

TTK’de genel kurulda özel denetim talebinin kabul edilebilmesi için gereken şartlar TTK m. 438’de düzenlenmiştir. Gereken şartlar ise daha önceden bilgi edinme ve inceleme hakkının kullanılması, pay sahipliği haklarının kullanılması açısından özel denetim gerekli olması ve son olarak özel denetimin konusunun belirli olmasıdır. Dolayısıyla genel kurulda talebin kabul edebilmesi için pay sahibince bu şartların sağlanması gerekmektedir. Talebin reddedilmesi halinde ise mahkemeden denetim isteme hakkından yararlanabilmesi için TTK 438 maddesinin birinci fıkrasında öngörülen şartların yerine getirilmesi lazımdır. İlgili hükme göre, pay sahiplerinin özel denetim talep etme hakkını kullanabilmeleri talepte bulunmadan önce bilgi edinme hakkını kullanması gerekir. Ancak AUSCGİE’de böyle bir koşul aranmamaktadır. TTK’de öngörülen bu şart, denetim hakkının ikincil bir hak olarak sınıflandırmasına neden olmaktadır⁶⁷. Genel kurul toplantısında talepte bulunabilmek için böyle bir şartın aranması, hakka başvurma fırsatını daraltmaktadır⁶⁸. Kanun koyucunun bu şartın düzenlenmesini ve onu ön koşul olarak öngörmesini, özel denetim talebini sınırladığı görüşüne katılmaktayız⁶⁹. Yönetim kurulu ya da genel kurul tarafından, bilgi talep-

⁶⁷ Pulaşlı, Genel Esaslar, 526; Oruç Hami Şener, *Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: 3. Baskı Seçkin, 2017), 48.

⁶⁸ Özdamar, “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, 49.

⁶⁹ Aynı görüş için bkz. Emir Bay, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim İsteme Koşullarının 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Açısından Karşılaştırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 69, Mayıs (2012): 20-28.

leri reddedilmeden akıllıca geciktirebilir ve bu açıdan azlık için olumsuz bir durum oluşturulabilir. Pay sahibi tarafından önceden bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin koşul, özel denetim talep etme hakkının kullanılmasını geciktirebilecek bir husustur. Bilgilendirme hakkının kullanılmasına itiraz edilerek konunun bir sonraki genel kurula bırakılması ya da ticari sır gerekçesi için yasal mazeret ortaya koyulmasına fırsat verilmiş olacaktır⁷⁰. *Bilgili ve Demirkapı*, sorumluluk davası açısından pay sahiplerine hazırlık imkânı veren bilgi edinme hakkı ve şirketin özel denetimini isteme hakkının, bir hakkın diğerinin şartı olarak düzenlenmesinin, kanunun hedeflediği korumayı zayıflattığını düşünmektedir⁷¹.

İki kanunda da bulunan diğer şart ise denetim konusunun belirli konularla oluşturulmasıdır. Özel denetim istenen konunun genel nitelik taşımaması ve yolsuzluk iddiasıyla yüzeysel bir talep taşımaması gerekmektedir. Denetim konusunun net ve belirli olması hem denetçinin işlerini kolaylaştıracak hem de denetim süresini kısaltacaktır. Denetim konusunun belirlenmesi, özel denetim sonucunda denetçinin raporu teslim ettiğinde anonim şirketin haklı sebeple feshedilmesi veya yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilebilmesine imkân sağlaması bakımından önemlidir.

TTK'de, genel kurul yapılan denetim talebinin asılsız olduğunu düşünürse veya başka herhangi bir nedenle talebi reddederse, söz konusu hak azlık pay sahibi hakkına dönüştüğünden, sermayenin en az onda birine sahip olanlar bu hakkı kullanabilmektedir. AUSCGİE'de de mahkemeden anonim şirkete denetçi atanmasını talep etmek için sermayenin en az onda birine sahip olma şartı mevcuttur. Lakin TTK'de ek olarak güzel bir imkân daha vardır. Sermayenin onda birine ulaşmış ulaşılmadığına bakılmaksızın büyük sermayeli anonim şirketlerde itibari değerlilerin en az bir milyon olan pay sahipleri de taleplerinin reddedilmesi durumunda mahkeme nezdinde özel denetçi atanmasını talep etme hakkından yararlanabilirler. AUSCGİE'de ise bu avantaj bulunmamaktadır. Bunun da önemli bir eksiklik olduğunu düşünmekteyiz. Büyük sermayeli anonim şirketlerde, azlık için belirtilen 1/10 oranına ulaşmak zor olabileceğinden, TTK'da sabit bir miktar öngörülmüştür. Bu belli bir miktar değerindeki paya sahip olma kriterinin düzenleme amacı anonim şirket pay sahiplerinin haklarını korumak ve yabancı yatırımları teşvik etmektir. Son yıllarda azlık pay sahiplerinin haklarının korunmasına ilişkin sorunlar önem kazanmakta ve bu konuda dünya çapında birçok hukuki, siyasi ve ekonomik tartışma yaşanmaktadır. Bir ülkede azlık pay sahiplerinin korumasının zayıf olması durumunda, potansiyel azlık hissedarları ve özellikle de yabancı yatırımcılar o ülkedeki şirketlere yatırım yapmaktan çekinmektedir⁷².

⁷⁰ Erdoğan Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler*, (Ankara: 4. Bası, 2006), 239.

⁷¹ Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Ortaklıklar Hukuku*, (Bursa: 4. Baskı, 2015), 509.

⁷² Meltem Karatepe Kaya, "Notion of Protection of Minority Shareholders; Theoretical Framework" *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 5 Sayı: 9, 195-219 (2020): 198, Erişim Tarihi: Nisan 30, 2023. <https://dergipark.org.tr/pub/imhfd/issue/65257/1003983>.

Hukuki koruma mekanizmaları, yabancı yatırımcıları o ülkeye yatırım yapmaya teşvik etmektedir. Azlık koruması olmadan ülkedeki borsalar gelişmemekte ve bankalar en önemli pay sahibi haline gelebilmektedir⁷³. Türkiye ve Ohada üye ülkelerinde bu gereklilik nedeniyle ve aynı zamanda yabancı yatırımcıların dikkatinin çekilmesi gerektiğinden azlık pay sahiplerinin korunmasına odaklanılmaktadır. Yatırımları iyileştirmek ve ekonomik canlanmayı sağlamak için TTK ve Ohada Hukuku, hissedarlar için özellikle anonim şirketlerde azlık pay sahiplerinin korunması için haklar ve koruma mekanizmaları sunmaktadır.

C. DENETÇİNİN ATANMASI AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

TTK m. 413/2'de genel kurulda gündemde olmayan hususların karara bağlanamayacağı düzenlenmiştir. Ancak TTK m. 438 ile bu ilkeye bir istisna getirilmiş, denetim talebinin gündemde bulunmasa bile pay sahiplerince talep edebileceği belirtilmiştir. Genel kuruldan olumlu bir karar alındığında, kararın alınmasından itibaren talepte bulunan kişi ya da başka bir pay sahibi mahkemeden otuz gün içerisinde özel denetçinin atanmasını isteyebilmektedir⁷⁴. Genel kurulun özel denetim kararı alabilmesi için bir düzenleme olmadığından, TTK 418 maddesindeki olağan toplantı ve karar yeter sayıları uygulanacaktır. Bu oranı ağırlaştıracak esas sözleşme hükümleri ise geçersizdir⁷⁵. Ancak genel kurulun talebi kabul etmemesi halinde, ret kararı mahkemeye götürülecektir. Yukarıda açıklandığı gibi AUSCGİE'de denetim talebi genel kuruldan değil doğrudan mahkemeden istenebilmektedir.

TTK'de talep için yetkili mahkeme, merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesidir. Ohada yasa koyucusu ise, hangi mahkemenin yetkili mahkeme olduğundan bahsetmemekte, dolayısıyla her Ohada üye ülkesinin ulusal usul kurallarına göre hangi mahkemenin yetkili olacağı belirlenmektedir. Yetkili mahkemeye iletilen talep bütün şartları sağlıyorsa şirkete bir ya da birden fazla denetçi atanacaktır. Mahkeme tarafından denetçinin atanması konusunda iki kanun koyucu da aynı görüştedir. Ayrıca iki kanunda da talebin kabul edilmesi durumunda, yetkili mahkeme tarafından denetçinin atanması ve yetkilerinin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Denetimin konusuna bağlı olarak, bir veya daha fazla denetçi görevlendirilebilmekte ve denetimin masrafı şirket tarafından karşılanmaktadır.

D. AMAÇ AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

Amaç açısından iki kanun koyucunun fikirleri aynıdır. AUSCGİE ve TTK'de özel denetim isteme hakkının amacı, azlık pay sahiplerini çoğunluktan korumak ve onları iyi bir şekilde bilgilendirmektir. Denetim yoluyla bilgi edinme, azlık

⁷³ Meltem Karatepe Kaya, "Discussions Surrounding the Principle of Minority Shareholder Protection" *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Cilt: 6 Sayı: 2, 265-282, (2020): 269, Erişim Tarihi: Nisan 30, 2023 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/tfm/issue/60069/869331>.

⁷⁴ TTK m. 438/2.

⁷⁵ Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, (İstanbul: 3. Baskı, 2006), 70.

tarafından uygulanan bir kontrol aracı olarak kabul edilmektedir⁷⁶. Bu hak şirket yöneticisi olmayan azlık pay sahipleri için gerçek bir güç oluşturmaktadır. Bu hakla, anonim şirketlerde pay sahiplerinin aralarında belgelere eşit bir erişim imkânı görülmektedir. Kolektif bir karar alınabilmesi ve etkin bir katılımın garanti edilebilmesi için, azlık pay sahiplerinin çoğullukla aynı şekilde bilgi edinmesi ve şirketin yöneticileri tarafından yapılan işlemler ve özellikle şirketin finansal durumu hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Zira şirketin çıkarlarının korunması azlıkların da bir sorumluluğudur ve şirketin yönetimi bütün ortakları ilgilendiren bir konudur. Bununla birlikte, genel kurul toplantısına düzgün ve etkili bir şekilde katılmak için azlık pay sahipleri iyi bilgilendirilmelidir. *Michel Germain*'in dediği gibi, bilinçli bir oylama kaliteli bilgi gerektirmektedir⁷⁷.

SONUÇ

Denetim isteme hakkı hem 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hem de 30 Ocak 2014 tarihinde yenilenen AUSCGİE ile getirilen önemli bir yeniliktir. Ohada ve Türk hukukunu, özel denetim isteme hakkı çerçevesinde incelediğimiz ve karşılaştırdığımızda, talep şartları ve prosedürlerinin farklı olduğu görülmekte ise de ortak noktaları da bulunmaktadır. Ancak iki kanunun da temel amacı, azlık pay sahiplerinin haklarını korumak ve denetim yoluyla şirket ile ilgili belirli konular hakkında ilgilileri aydınlatmak ve bilgilendirmektir.

TTK'de özel denetim, genel kurul aşamasında da talep edilebilen ve bu aşamada azlık değil her pay sahibi tarafından kullanılabilirdiği için bireysel hak statüsünde olan daha geniş etkisi olan bir hak olarak düzenlenmiştir. Genel kurul aşamasında talebin kabul görmemesi halinde ise mahkemeye yöneltilebilmekte ve ancak bu aşama açısından hakkı kullanabilmek için azlık pay sahibi olunması şartı aranmaktadır. AUSCGİE'de ise durum farklıdır. Şöyle ki, anonim şirketin özel denetimini talep etme hakkı, en başından itibaren azlık hissedarlarına özel olarak tanınan bir hak olarak düzenlenmiş, genel kurulda değil doğrudan mahkemeden istenecek şekilde ele alınmıştır. Bu hakkın düzenleniş sebebi iki hukuk sisteminde de özünde özel denetim yoluyla azlık pay sahiplerini belirli konularda bilgilendirmek ve aydınlatmaktır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için TTK ile benzer şekilde AUSCGİE'de de genel kurul aşamasında bireysel bir hak olarak özel denetim talep edilmesi hakkının düzenlenmesi ve sonrasında mahkemeden talep edilmesi prosedürünün uygulanmasını önermekteyiz. Zira anonim şirketlerde denetim hakkı bireysel hak olarak düzenlenmesi yoluyla bütün pay sahipleri şirket bilgileri açısından aynı seviyede bilgilendirme imkânı elde edecektir.

⁷⁶ Tsopbeing, "L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés Ohada", 3.

⁷⁷ Michel Germain, "Les droits des minoritaires, droit français des sociétés", *Revue internationale de droit comparé*, 54-2/, 401-413, (2002): 407.

Genel kurulda pay sahiplerinin özel denetim talebinde bulabilmeleri çeşitli şartların gerçekleşmesi halinde mümkün olmaktadır. Şöyle ki daha önce bilgi edinme hakkının kullanılması, denetimin pay sahibinin haklarının kullanılması için lazım olması ve denetimle belli konuların açıklığa kavuşturulmasının istenmesi gerekmektedir. Bu şartlar hem genel kurul hem de mahkeme yoluyla özel denetim istenmesi halinde aranmaktadır. Dolayısıyla TTK'de azlık, önce bilgi edinme hakkını kullanmadan, genel kuruldan olumsuz bir cevap almadan doğrudan mahkemeye gitmesi mümkün değildir. Bu şartların özel denetim isteme hakkının kullanılmasını hem geciktireceği hem de daraltacağı düşüncesindeyiz. Kanaatimizce özel denetim talebinin AUSCGİE'de olduğu gibi doğrudan mahkemeye yapılmasına imkân tanımak gerekmektedir. Gerçekten AUSCGİE'de mevcut olan doğrudan mahkemeye giderek denetimi talep imkânı, TTK'de genel kurulun talebi kabul etmesi halinde dahi yine mahkemenin denetçi atanmasında görevli olması sebebiyle süreci uzatan ve belirsizlik hâkim olan konularla ilgili pay sahiplerinin aydınlatılması istemini sürüncemede bırakan bir etkiye sahip olabilmektedir. Özellikle bu hakkın kullanılmasının genel kurulun talebi reddetmesine bağlanması dolaylı olarak yılda en az bir kere toplanması şart olunan kurulun toplanma takvimine göre ayrıca bir zaman kaybına uğrama riskini de beraberinde getirmektedir.

TTK'de genel kurulun ret kararı sonucunda her pay sahibi değil, yalnızca azlık pay sahipleri mahkemeden özel denetim talebinde bulunabilmektedir. AUSCGİE'de de benzer şekilde sermayenin en az yüzde on oranına sahip olanlar mahkemeden özel denetim talebinde bulunabilmektedir. Ancak TTK'de olduğu gibi hisselerinin toplam nominal değeri belirli bir miktara aşan hissedarlar için mahkemeden özel bir denetçi atanmasını talep etme hakkı AUSCGİE'de yer almamaktadır. Bu husus büyük sermayeli anonim şirketlerin pay sahipleri ve özellikle yabancı yatırımcılar için güzel bir avantaj sunmaktadır. Bu sebeple Ohada yasa koyucusu açısından da benzer bir pay değerine göre tanınmış bir özel denetim isteme hakkının tanınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

TTK'de talep için yetkili mahkeme açıkça belirlenmişken Ohada yasa koyucusu ise, hangi mahkemenin yetkili mahkeme olacağından bahsetmemekte, dolayısıyla her Ohada üye ülkesinin ulusal usul kurallarına göre hangi mahkemenin yetkili olacağı belirlenmektedir. Usul kuralları ilgili ülkelerin iç hukuk kuralı olarak kendi teamüllerini yansıttığından ve mahkeme teşkilat ve isimlendirmelerinin dahi ülkeden ülkeye değiştiği göz önüne alınarak görevli ve yetkili mahkemenin AUSCGİE'de belirtilmemesi isabetli olmuştur.

Özel denetçinin atanması kararı, kimin atanacağı, kaç kişinin atanacağı ve faaliyetin ücretlenmesine ilişkin kararlar her iki kanunda da mahkemeye bırakılmış ve benzer şekilde düzenlenmiştir. Özel denetçinin hazırladığı rapor, her iki sistemde de açılacak sorumluluk davasında, haklı sebeple fesih davasında

ve diğerkullanabilecek haklarda ispat aracı olarak ya da talebin dayanağı olarak kullanabilmektedir.

Anonim şirketlerde pay sahipleri ya da gerekirse azlık pay sahipleri tarafından denetim talep etme hakkı, pay sahiplerinin bilgi edinme ve şirkette ait belgelerin inceleme hakkını daha etkili şekilde kullanabilmeleri için düzenlenmiş bir haktır. Eski TTK ve AUSCGİE’de yer alan özel denetim isteme hakkının kullanımında yaşanan aksaklıklar dikkate alınarak daha etkin bir hak çerçevesi düzenlenmiştir. Ancak işaret ettiğimiz değişikliklerle birlikte her iki kanunda da düzenlenen özel denetim isteme hakkının daha etkin bir hale getirilerek iyileştirilmesi mümkündür.

KAYNAKÇA

- Altaş, Soner. "Limited Şirket Ortaklarının Bilgi Alma, İnceleme ve Özel Denetim İsteme Hakları". *Terazi Hukuk Dergisi*. C. 10, S. 111 (2015): 80-85.
- Altaş, Soner. "Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirket Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteme Hakkı ve Özel Denetçi". *Terazi Hukuk Dergisi*. C. 7, S. 69 (2012): 47-53.
- Aydın, Nihan Değirmencioğlu. *Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.
- Bay, Emir. "Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim İsteme Koşullarının 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Açısından Karşılaştırılması". *Terazi Hukuk Dergisi*. C. 7, S. 69 (2012): 20-28.
- Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan. *Ortaklıklar Hukuku*. Bursa: 4. Baskı, 2015.
- CA Abidjan, chambre civile et commerciale, 5ème Chambre A, arrêt n°10 du 02 janv. 2001, Aff. Polyclinique Avicenne c/ Bassit Assad.
- CA Cotonou, Arrêt N° 256/2000 du 17/8/2000 AFFAIRE Société Continentale des Pétroles et d'Investissements Monsieur Séfou Fagbohoun Sonacop Monsieur Cyr Koty, Monsieur Mounirou Omichessan C/ Etat béninois, Ohadata J-06-101.
- Can, Mustafa Erdem, Şirketler Hukuku Dersleri. Ankara: 4. Baskı, 2022.
- Çelik, Fatma Ezgi. "6102 Sayılı TTK Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerde Özel Denetim". *Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*. (2019).
- Çelik, Aytekin. *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*. Ankara: 3. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Eriş, Gönen. *Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı- 6335 ve 6552 sayılı Kanunla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler*. Ankara: Güncellenmiş C. III. 2. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Feneon, Alain. "La mésentente entre actionnaires dans les sociétés anonymes régies par l'Acte uniforme Ohada" *Penant* (2004): 265-279.
- Foko, Arhanase "Le droit Ohada et les droits nationaux des Etats Parties: une complémentarité vieille de plus d'une décennie". *Rev. de droit international et de droit comparé*, (2008): 445-490.
- Formateu, Joseph. "Le juge de l'exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun de l'article 49 de l'Acte uniforme Ohada portant voies d'exécution". *Juridis périodique*, (2007): 97-109.
- Germain, Michel. "Les droits des minoritaires, droit français des sociétés", *Revue internationale de droit comparé*, 54-2/ (2002): 401-413.
- Güven, Şirin. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim". *Çankaya University Journal of Law* (2011) 133-176. Erişim Tarihi: 30.04.22. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/45456>.
- Helvacı, Mehmet. "Anonim Ortaklıkta Ticaret Hukukundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", *Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul* (1998).

- Kağan, Turan “Özel Denetimin Konusu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* (2021): 567-604. Erişim Tarihi: 01.05.2023. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1501067>.
- Karahan, Sami. *Şirketler Hukuku*. Konya: 2012.
- Kaya, Arslan. “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, *Batider* (2015): 61-83.
- Kayhan, Şaban. *Şirketler Hukuku*. Ankara: 4. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Kıran, Süleyman. “Anonim Şirket Genel Kuruluna Özel Denetçi Atanması İçin Teklifte Bulunma Hakkı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, ed. Mutlu Dinç, C. 14, S. 149 (2019): 34-46.
- Meltem, Karatepe Kaya “Discussions Surrounding the Principle of Minority Shareholder Protection”. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* Cilt: 6 Sayı: 2 (2020): 265-282. Erişim Tarihi: 30.04.2023 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/tfm/issue/60069/869331>.
- Meltem, Karatepe Kaya. “Notion of Protection of Minority Shareholders; Theoretical Framework”. *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 5 Sayı: 9 (2020): 195-219, Erişim Tarihi: 30.04.2023. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd/issue/65257/1003983>.
- Modi Koko Bebey, Henri Désiré. “La réforme du droit des sociétés commerciales en Afrique”. *Rev. Sociétés* (2002): 255-266.
- Moroğlu, Erdoğan. “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C. 42, S. 1-4, (1976): 341-358.
- Moroğlu, Erdoğan. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler*. Ankara: 4. Baskı, 2006.
- Moroğlu, Erdoğan. *Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*. İstanbul: 3. Baskı, 2006.
- Mouthieu, Monique Aimé. “L’intérêt social en droit des sociétés”, *L’Harmattan* (2009).
- Namlı, Mert. “Afrika’da Ekonomi Hukuku’nun Uyumlaştırılmasına İlişkin Sözleşme’ye (Ohada Sözleşmesi) Genel Bakış”, *MHB*, Cilt 33, Sayı 1 (2013): 91-123. Erişim Tarihi: 30.04.2020. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411326>.
- Narbay, Şafak. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”. *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’ e Armağan*. C. 1, 1. b. Vedat Kitapçılık, (2007): 287-327.
- Narbay, Şafak. *Anonim Ortaklıkta Özel Denetim*. İstanbul: 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Oruç Hami Şener. *Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: 3. Baskı Seçkin, 2017.
- Özdamar, Mehmet. “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”. Ulusoy, Erol (ed.), *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, (2014).
- Paauin, Julie “L’Harmonisation Du Droit Des Affaires En Afrique: Le Projet De L’OHADA”, D-04-15 (2015). Erişim Tarihi: 30.04.22. <https://www.ohada.com/documentation/doctrine/ohadata/D-04-15.html?download=pdf>.
- Paslı, Ali. *Anonim ortaklık Kurumsal Yönetim, 2004 OECD İlkeleri ve 2005 SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde Gözden Geçirilmiş*. İstanbul: 2. Baskı, Çağa Hukuku Vakfı Yayınları, 2005.

- Poisson, Marie Danielle. “La protection des Actionnaires Minoritaires Dans Les Sociétés Des Capitaux”, *Université de Clermont-Ferrand*, Thèse de Doctorat (1984).
- Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal, ve Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: 2014.
- Pougoué, Paul Gérard, Toukam, Josette Nguebou et Anoukaha, François. *Commentaire sur l'acte uniforme Ohada relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, Ohada, traité des actes uniformes, commentés et annotés*. Juriscope 3e éd, 2008.
- Pougoué, Paul Gérard. *Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Traités et Actes Uniformes Commentés et Annotés*. Poitiers: 4. Ed Juriscope, 2012.
- Pulaşlı, Hasan. “Anonim Şirketlerde Özel Denetçi Atanması İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”. *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Saygı Konferansı, On İki Levha Yayıncılık* ed. Burcu Göçet (2017): 589-613.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi*. C. II. Ankara: 3. Baskı Adalet Yayınevi, 2018.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: 5. Baskı, 2017. (*Genel Esaslar*).
- Pulaşlı, Hassan “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel denetim istemesine İlişkin Koşullar İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE 133 III 133) 20.12.2006 Tarih ve 4C278/2006 sayılı kararı”. *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, C. II., Ankara, On İki Levha Yayıncılık (2010): 1857-1883. (“Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi”).
- Tonga, Dieudonné. “L'avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada du 30 avril, aspects généraux et fiscaux”. *Juridis périodique* (2005).
- Tribunal hors classe de Dakar, ordonnance de référé, n° 1671 du 23 déc. 2002, Aff. A. Ndiaye c/ N. LO, Ohadata J-03-186.
- Tribunal hors classe de Dakar, ordonnance de référé, n° 901 du 9 août 1999, aff. Hassane Yacine c/ Société Nattes Industries, Ibrahima Yazback et autres, Ohadata J-02-198, obs. I. SAYEGH.
- Tribunal Régional de Niamey, ordonnance de référé n°245 du 22 oct. 2002, Aff. A. Ham-moud c/ J. C. Lacour et E. Dorothée.
- Tsopbeing, Marcel Williams. “L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés Ohada”. *Revue de L'ERSUMA*, (2016). Erişim Tarihi: 02.05.200. <https://revue.ersuma.org/no-6-janvier-2016/doctrine/article/l-information-des-associes-une>.
- Uçar Bulut ve Gülnur Ceren. *Anonim Şirketlerde Özel Denetim*. Ankara: 1. Baskı Adalet Yayınevi, 2018.