

Cilt: 29, Sayı: 50, Yıl: 2024

Vol: 29, No: 50, Year: 2024

ISSN: 1300-2929

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Dicle University Journal of Law Faculty

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI

Diyarbakır 2024

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(DÜHFD)

Dicle University Journal of Law Faculty

Derginin Sahibi	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dekan)
Sorumlu Müdür	: Fırat YANIK (Fakülte Sekreteri)
Yönetim Yeri	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır
Yayının Türü	: Süreli Yayın / Hakemli Hukuk Dergisi
ISSN	: 1300-2929
e-ISSN	: 2458-7907

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK	Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN	Prof. Dr. Ezeli AZARKAN
Prof. Dr. Ali AYLI	Prof. Dr. Tahir MURATOĞLU
Prof. Dr. M. Burak BULUTTEKİN	Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Editör: Prof. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN

Editör Yardımcısı: Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Kurumsal İletişim Bilgileri

Adres	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır
Tel / Fax	: +90 412 2488357 / +90 412 2488358
Url	: http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi
E-Mail	: diclehukukdergisi@gmail.com / hukukdergisi@dicle.edu.tr
Dizgi	: Prof. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN
Basım Yeri	: Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır
Basım Yılı	: Haziran 2024

Dergi Hakkında

A. Amaç: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olan Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin amacı, hukuk alanında özgün ve bilimsel akademik çalışmaları yayımlamak suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamaktır.

B. Kapsam: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki kez (Haziran ve Aralık), basılı ve elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. Derginin kapsamına, hukuk alanında yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir. Derginin yayını dili Türkçedir, ancak Türkçe özetine yer verilmek koşuluyla başka dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir. Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.

C. İngilizce İsim ve Kısaltma: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin İngilizce ismi, Dicle University Journal of Law Faculty'dir. Derginin isminin kısaltması, DÜHFD'dir.

DANIŞMA KURULU*


- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan HAKERİ (Özyeğın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (em.) (WWU Münster / Germany)
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Müslüm AKINCI (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nihat TAŞDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Recep GÜLŐEN (İğdır Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ VEZNEDAROĞLU (Altınbaş Ün. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fak.)

* Unvanlara ve alfabetik olarak isimlere göre sıralanmıştır.

Prof. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Yasemin IŐIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Zehra Şeker ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)


DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÖLTESİ DERĐİSİ'NİN TARANDIĞI İNDEKSLER VE DİZİNLER

Dicle Üniverstesi Hukuk Fakóltesi Dergisi,


ULAKBİM Tübitak Ulakbim - TR Dizin Veri Tabanı'nda,

DergiPark
AKADEMİK Dergipark'ta,

 **Jurix**
Hukuk Dergileri Veritabanı Jurix Hukuk Dergileri Veri Tabanı'nda ve

 **HEINONLINE** Heinonline Veri Tabanı'nda taranmaktadır.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Yayınlanmak üzere dergiye gönderilecek yazıların yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekir.
2. Yazıların ulusal ve uluslararası alanda geçerli araştırma ve yayım etiğine ilişkin kurullarla uyumlu olması gerekir.
3. Yazıların bilimsel standartlara uygun ve özgün olması gerekir. İntihal programları kullanılmak suretiyle veya başka bir şekilde intihale yer verdiği tespit edilen yazılar kabul edilmez.
4. Yazılar elektronik ortamda teslim edilmelidir.
5. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
6. Yazıların teslimi sırasında ayrıca yazının türü (makale, derleme, özet, editöre mektup, çeviri, karar incelemesi, kitap veya muhtelif eser kritiği, vaka takdimi, mevzuat incelemesi, araştırma notu, tez özeti vb.) hakkında da bilgi verilmelidir.
7. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün uygun görüşü alınmak suretiyle yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çelişmeyecek ufak çaplı değişiklikler yapılabilir.
8. Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar farklı kurumlardan olmak üzere en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemlerden en az biri fakülte dışından seçilir. Hakemler yazıların yayımlanması, yayımlanmasının uygun olmadığı veya düzeltilerek yayımlanması yönünde görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde, ilgili yazı talep üzerine veya re'sen üçüncü bir hakeme gönderilebilir ve üçüncü hakem raporuna göre işlem yapılabilir. Hakemlerden birinin olumsuz görüş bildirmesi halinde editör görüşüne göre de hareket edilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

9. Yazım yanlışlarının olanağın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerinin uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu bir şekilde sonuçlanmış olması yazara yayım hakkı vermez.
10. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu konuda herhangi bir mesuliyet kabul etmez.
11. Yayına kabul edilen eserlerin telif hakkı Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlara telif ücreti veya başka bir isim altında herhangi bir ödeme yapılmaz.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

MAKALE YAZIM KURALLARI

1. Yazıların “Times New Roman” karakterinde, ana metnin tek satır aralığında ve 11 punto olarak, dipnot metninin 10 punto olarak hazırlanması gerekir.
2. Yazılar hem yazı dilinde hem de İngilizce, Almanca veya Fransızca gibi dillerde hazırlanmış bir “Öz” kısmına yer vermelidir. Ayrıca “Öz” kısmından hemen sonra gelmek üzere hem yazı dilinde hem de ilgili yabancı dilde en az beş anahtar kelimeye ve yazının ilgili yabancı dildeki başlığına da yer verilmelidir. “Öz”ün ve “Öz”ün yabancı dildeki tercümesinin her biri 400 kelimeyi geçmemelidir. Türkçeden başka bir dilde yazılan yazıların Türkçe “Öz”üne yer verilmesi zorunludur.
3. Yazının sistematığı aşağıdaki şekilde olmalıdır.

BAŞLIK

(Bu başlık altında öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

YABANCI DİLDEKİ BAŞLIK

(Burada yabancı dilde öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

I. GİRİŞ (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

II. ...

A. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

B. ...

1. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

2. ...

a. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

b. ...

III. ... (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

IV. SONUÇ (Sonuç başlığına da **numara verilmelidir.**)

KAYNAKÇA (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacak ve başlığa **numara verilmeyecektir.**)

4. Kaynakça kısmında önce büyük harflerle yazarın soyadına, sonra adına yer verilmeli, iki nokta üst üste işaretinden sonra da esere ilişkin bilgiler yazılmalıdır. Kaynakçada yer verilen her eser veya kaynak sonra nokta işareti (.) ile sonlandırılmalıdır. Kaynakçanın ilk satırı soldan başlatılmalı, devam eden satırlar 1,25 cm içerden (sağdan) başlatılmalıdır.

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukuku, 25. Baskı, Anayasa Yayınevi, Ankara 2015. **(Kitap örneği)**

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukukunda Normlar Hiyerarşisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 32, Yıl: 2015, s. 1- 33. **(Makale örneği)**

5. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve tüm dipnotların mutlaka nokta işareti (.) ile sonlandırılması gerekir.
6. Editörden onay alınan haller hariç olmak üzere yayımlanmak üzere gönderilen yazıların kural olarak 30 sayfayı geçmemesi gerekir.

DERGİNİN GEÇMİŞİ

(ARŐIV)

Cilt: 1	Sayı: 1	Yıl: 1983
Cilt: 2	Sayı: 2	Yıl: 1984
Cilt: 3	Sayı: 3	Yıl: 1985
Cilt: 4	Sayı: 4	Yıl: 1988
Cilt: 5	Sayı: 5	Yıl: 1992
Cilt: 6	Sayı: 6	Yıl: 1993
Cilt: 7	Sayı: 7	Yıl: 2003
Cilt: 8-9	Sayı: 8-9-10-11	Yıl: 2003-2004
Cilt: 10-11	Sayı: 12-13-14-15	Yıl: 2005-2006
Cilt: 12-13	Sayı: 16-17-18-19	Yıl: 2007-2008
Cilt: 14	Sayı: 20-21	Yıl: 2009
Cilt: 15-16	Sayı: 22-23-24-25	Yıl: 2010-2011
Cilt: 17-18	Sayı: 26-27-28-29	Yıl: 2012-2013
Cilt: 19	Sayı: 30-31	Yıl: 2014
Cilt: 20	Sayı: 32	Yıl: 2015
Cilt: 20	Sayı: 33	Yıl: 2015
Cilt: 21	Sayı: 34	Yıl: 2016
Cilt: 21	Sayı: 35	Yıl: 2016
Cilt: 22	Sayı: 36	Yıl: 2017
Cilt: 22	Sayı: 37	Yıl: 2017
Cilt: 23	Sayı: 38	Yıl: 2018
Cilt: 23	Sayı: 39	Yıl: 2018
Cilt: 24	Sayı: 40	Yıl: 2019
Cilt: 24	Sayı: 41	Yıl: 2019
Cilt: 25	Sayı: 42	Yıl: 2020
Cilt: 25	Sayı: 43	Yıl: 2020
Cilt: 26	Sayı: 44	Yıl: 2021
Cilt: 26	Sayı: 45	Yıl: 2021
Cilt: 27	Sayı: 46	Yıl: 2022
Cilt: 27	Sayı: 47	Yıl: 2022
Cilt: 28	Sayı: 48	Yıl: 2023
Cilt: 28	Sayı: 49	Yıl: 2023
Cilt: 29	Sayı: 50	Yıl: 2024

NOT: DÜHFD 32. sayıya kadar 1303-9105 ISSN numarasıyla, 33. ve sonraki sayılarda ise 1300-2929 ISSN numarasıyla yayımlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ

AVRUPA YEREL YÖNETİMLER ÖZERKLİK ŞARTI VE TÜRKİYE'DE UYGULANABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN SORUNLAR 3

Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE

BELEDİYE BAŞKANLARININ SEÇİMİ VE GÖREVLERİNİN SONA ERMESİ HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME 26

Dr. Öğr. Üyesi Faruk Y. TURİNAY

CEZA HUKUKUNDA OLASI KAST VE BİLİNÇLİ TAKSİRİN TRAFİK KAZALARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME 49

Arş. Gör. Dr. Bavver KILIÇOĞLU

KÜLTÜRLERARASI ARABULUCULUĞUN TOPLUMSAL UYUM ÜZERİNDEKİ POZİTİF ETKİLERİ: AVRUPA BİRLİĞİ'NİN GÖÇMEN ENTEGRASYON POLİTİKASI KAPSAMINDA BELÇİKA ÖRNEK UYGULAMASI VE TÜRKİYE'NİN DURUMU 89

Öğr. Gör. Dr. Enver AKIN

MEZOPOTAMYA'NIN İLK YAZILI HUKUKUNDA *ORDALI* VE DİĞER KÜLTÜRLERE YANSIMASI 126

Arş. Gör. Ali Said ÇİMEN

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İKİZ SÖZLEŞMELERİ VE İNSAN HAKLARI KORUMA MEKANİZMALARI 151

Arş. Gör. Murathan YARDIMCIOĞLU

AFAD'IN TEŞKİLAT YAPISI VE SORUMLULUĞU BAKIMINDAN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİNE DAİR BİR İNCELEME 187

ÖZEL HUKUK

Dr. Öğr. Üyesi Serkan KAYA / Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU KAPSAMINDA ORTAYA ÇIKAN UYUŞMAZLIKLARIN MEDENİ USUL HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ 229

Dr. Öğr. Üyesi İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU ALMAN HUKUKUNDA ORTAKLIK ESAS SÖZLEŞMESİNİN SEDASYONU (SD) KAVRAMI HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME ...	263
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ SPOR ANONİM ŞİRKETLERİ ÖZELİNDE SPORDA ŞİRKETLEŞME	299
Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN MÜLTECI HUKUKUNDA “ <i>DAHİLİ KORUMA ALTERNATİFİ</i> ”	361
Arş. Gör. Dr. Derya BULUTTEKİN TÜRK MEDENİ USUL HUKUKUNDA İSTİNAF KANUN YOLUNDA USULE İLİŞKİN HUSUSLARDA DURUŞMA YAPILMADAN KARAR VERİLECEK HALLER	388
Arş. Gör. Dr. Yunus ALHAN TÜRK HUKUKUNDA SORUMLULUK SİGORTALARINDA RİZİKO VE RİZİKONUN GERÇEKLEŞME ANININ TESPİTİ	421

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ

THE EUROPEAN CHARTER OF LOCAL SELF-GOVERNMENT AND THE PROBLEMS RELATED TO ITS APPLICABILITY IN TURKEY 4

Assoc. Prof. Adil BUCAKTEPE

AN EVALUATION OF THE REGULATIONS REGARDING THE ELECTION OF MAYORS AND THE TERMINATION OF THEIR DUTIES ... 25

Asst. Prof. Faruk Y. TURİNAY

A STUDY ON THE EVALUATION OF PROBABLE INTENT AND CONSCIOUS NEGLIGENCE IN CRIMINAL LAW IN TERMS OF TRAFFIC COLLISIONS 50

Res. Asst. Dr. Bavver KILIÇOĞLU

THE POSITIVE EFFECTS OF INTERCULTURAL MEDIATION ON SOCIAL ADAPTATION: THE EXAMPLE OF BELGIUM'S IMPLEMENTATION WITHIN THE EUROPEAN UNION'S MIGRANT INTEGRATION POLICY AND THE SITUATION TÜRKİYE 90

Lec. Dr. Enver AKIN

THE JUDGMENT OF THE ORDALİ IN THE FIRST WRITTEN LAW OF MESOPOTAMIA AND ITS REFLECTIONS ON OTHER CULTURES 125

Res. Asst. Ali Said ÇİMEN

UNITED NATIONS TWIN CONVENTIONS AND HUMAN RIGHTS PROTECTION MECHANISMS 152

Res. Asst. Murathan YARDIMCIOĞLU

AN EXAMINATION OF SUABILITY OF THE AFAD IN TERMS OF ITS ORGANIZATIONAL STRUCTURE AND LIABILITY 188

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Serkan KAYA / Assoc. Prof. Emrullah KERVANKIRAN

THE EVALUATION OF DISPUTES ARISING WITHIN THE SCOPE OF THE LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS FROM THE PERSPECTIVE OF CIVIL PROCEDURAL LAW 230

Asst. Prof. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU AN EVALUATION ABOUT THE TERM OF SEDATION OF THE ARTICLES OF ASSOCIATION (SD) UNDER GERMAN LAW	264
Asst. Prof. Serdar DEMİRCİ CORPORATIZATION IN SPORTS IN THE CONTEXT OF SPORTS JOINT STOCK COMPANIES	300
Asst. Prof. Esra YILDIZ ÜSTÜN “INTERNAL PROTECTION ALTERNATIVE” IN REFUGEE LAW	362
Res. Asst. Dr. Derya BULUTTEKİN THE SITUATIONS TO BE DECIDED WITHOUT A HEARING ON PROCEDURAL MATTERS IN THE APPEAL IN TURKISH CIVIL PROCEDURE LAW	387
Res. Asst. Dr. Yunus ALHAN THE DETERMINATION OF THE RISK AND THE MOMENT OF OCCURRENCE OF THE RISK IN LIABILITY INSURANCES UNDER TURKISH LAW	422

KAMU HUKUKU

AVRUPA YEREL YÖNETİMLER ÖZERKLİK ŞARTI VE TÜRKİYE'DE UYGULANABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN SORUNLAR

Sevtap YOKUŞ*

ÖZ

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, Türkiye'de demokratikleşmeyle birlikte tartışılmaktadır. Şart'ın uygulanması, Türkiye'de demokratikleşmenin önemli adımlarındandır. Yeni anayasa arayışı sırasında, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı da en fazla tartışılan başlıca konulardandı. Türkiye'nin, Şart'ın bazı hükümlerine koyduğu çekincelerin kaldırılması gerekmektedir. Türkiye'de yapılan bir dizi kanun değişikliğinden sonra çekinceler anlamsız kalmıştır. Bununla birlikte, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın kabul edilmiş olan hükümleri bile Türkiye'de gerektiği gibi uygulanmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, yerel özerklik, yerel yönetim, bölgesel yönetim, Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi.

* Prof. Dr., Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: sevtap.yokus@altinbas.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7429-0299.
Makalenin Gönderim Tarihi : 02.12.2023.
Makalenin Kabul Tarihi : 31.05.2024.

THE EUROPEAN CHARTER OF LOCAL SELF-GOVERNMENT AND THE PROBLEMS RELATED TO ITS APPLICABILITY IN TURKEY

ABSTRACT

The European Charter of Local Self-Government is being discussed with democratization in Turkey. Implementation of the Charter is one of the important stages of democratization in Turkey. During the search for a new constitution, the European Charter of Local Self-Government was one of the most frequently discussed issues. Turkey’s reservations to some provisions of the Charter must be removed. After a series of legislative changes in Turkey, reservations had become meaningless. However, even the accepted provisions of the European Charter of Local Self-Government are not properly implemented in Turkey.

Keywords: European Charter of Local Self-Government, self-government, local government, regional administration, Congress of Local and Regional Authorities of Europe.

I. GİRİŞ

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı (European Charter of Local Self-Government) ile özellikle Avrupa’da, yerel demokrasinin geliştirilmesi yönünde, yereldeki yönetim süreçlerine demokratik işleyiş biçimini oturtmak hedeflenmiştir. Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ilkeleri gibi, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın ilkelerini de mutlak bir şekilde uygulama zorunluluğu getirilmiştir. Bu doğrultuda, yerel yönetimlerin; kamusal hizmetlerin önemli bir kısmını, yerelde ve yerel halkın çıkarları temelinde yerine getirmesi beklenmektedir. Yerel yönetimlerin, kendi iç örgütlenmelerini serbestçe belirlemelerinden, mali özerkliklerine dek birçok güvenceye, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın içeriğinde yer verilmiştir. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın içerdiği ilke ve güvencele uygun davranılıp davranılmadığının denetimi, Avrupa Konseyi üye devletleriyle irtibatlı olan Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi tarafından yapılmaktadır. Avrupa Konseyi üye ülkelerde gerçekleştirilen yerel ve bölgesel seçimlere zaman zaman gözlemci göndermeyi de kapsayan siyasal nitelikli bu denetim, belirli periyotlarda yapılmakta ve sonuçları rapor edilmektedir.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, yerel yönetimlerin; demokratik rejimin temellerinden, halkın kamu hizmetlerine katılım hakkının da demokratik ilkelerden biri olduğu şeklindeki açıklamalara yer vermiştir. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nda ayrıca, yönetime katılımın en doğrudan kullanım alanının, gerçek yetkilerle donatılmış yerel yönetimler olduğu belirtilmiştir.

Türkiye, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na taraf devletler arasındadır. Ancak, taraf olduğundan bugüne Şart'ın uygulanması konusunda ciddi sorunlar yaşanmıştır, bu sorunlar bugün de sürmektedir. Türkiye, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na taraf olma aşamasında bir dizi çekince ileri sürmüştür. Yerel yönetimlerin iç idari örgütlenmelerini kendi organlarınca belirlemesi, merkezi vesayetin azaltılması, mali özerklik kapsamında yerel yönetimlere hareket özgürlüğü, uluslararası alanda yerel makamlarla iş birliği yapmaları ile uluslararası birliklere katılma hakkının tanınması ve yargı yollarına başvuru hakkının genişletilmesi, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na Türkiye tarafından çekince koyulan konuları oluşturmaktadır.

II. AVRUPA YEREL YÖNETİMLER ÖZERKLİK ŞARTI

A. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın Amacı

Avrupa Konseyi bünyesinde, yerel yönetimler için temel metin sayılan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, demokratik işleyiş yönünde yerel yönetimin temel ilkelerini belirlemektedir. Şart, ortaya çıkış aşamasında tavsiye niteliğinde belge olması tartışmalarını aşmış bağlayıcı nitelikte bir belgedir. Şart 15.10.1985 tarihinde imzaya açılmıştır.

Türkiye, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nı 21.11.1988 tarihinde çeşitli paragraflarına çekinceler de koyarak imzalamış, "Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun"¹ ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından

¹ 08.05.1991 tarihli ve 3723 sayılı Kanun, *Resmi Gazete*, Tarih:21.05.1991, Sayı:20877.

ve 06.08.1992 tarihli 92/3398 sayılı karar ile Bakanlar Kurulu tarafından onaylanmış², kabule ilişkin belgelerin bildiriminden ardından, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Türkiye açısından 01.04.1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın temel amacı; Avrupa Birliği içinde ve tüm dünyada demokrasi yolunda, küreselleşmeyle birlikte, yerelleşen ve özerkleşen yönetim süreçlerine uluslararası standartlar belirlemektir³. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, yerel demokrasi yolunda temel taşları içermektedir.

Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerin, mutlak bir şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ilkeleri gibi, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın ilkelerini de benimsemeleri zorunludur. Uluslararası bir anlaşma olarak Şart, yerel özerklik kavramının taraf ülkelerin anayasalarında ve yasalarında yer almasını da gerekli kılmaktadır. Şart kapsamında yerel yönetim; kamusal hizmetlerin önemli bir kısmının, yerelde ve yerel halkın çıkarları doğrultusunda düzenlemesi hakkına ve hizmetlerin yerine getirilmesine ilişkin yeterliliğe olanak sağlar. Şart’a göre, kamusal görev ve hizmetler, halka en yakın yönetim basamakları tarafından yerine getirilmelidir. Yerel özerklik, kendi iç örgütlenmelerini serbestçe gerçekleştirmelidir. Yerel yönetimlerin mali özerklikleri de güvence altına alınmalıdır. Şart’a göre, yerel yönetimler üzerinde uygulanacak olan denetim kuralları, anayasa ve yasalarda belirlenmelidir. Yerel yönetimlerin denetimi, hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı tutulmalı, hukuka uygunluk denetimini aşmamalıdır⁴.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın, Şart’ı onaylayan devletlerce uygulanmasının denetimi, Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi tarafından yapılmaktadır. Bu denetim yargısal olmayıp siyasal nitelik taşımakta ve düzenli olarak yapılmaktadır. Denetimlerin sonuçları rapor edilmektedir. Avrupa’daki bölgesel demokrasiyi izlemesinin bir parçası olarak Kongre, Avrupa Konseyi üye

² *Resmi Gazete*, Tarih: 03.10.1992, Sayı: 21364.

³ Taştekin, A.- Akça, H. (2020). “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’na Türkiye’nin Koyduğu Çekincelerin Yeniden Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 3, (ss.594-609), s. 596, <https://doi.org/10.33712/mana.811416> (Erişim Tarihi: 04.11.2023)

⁴ Keleş, R. (2011). “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı”, *Nasıl Bir Yerel Yönetim?*, İstanbul: Güneydoğu Anadolu Bölge Belediyeler Birliği Eğitim yayımları-4, Gün matbaası., s. 19-22.

devletleriyle düzenli bir diyalog yürütmektedir. Yerel ve bölgesel yönetimleri temsil ederek ulusal ve uluslararası organizasyonlarla yakın iş birliği yapmaktadır. Bütün konsey üyesi ülkelerde yerel ve bölgesel demokrasinin durumu hakkında ülke raporları hazırlamakta ve özellikle, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ilkelerinin nasıl uygulandığını izlemektedir. Avrupa Konseyi, üye ülkelerde gerçekleştirilen yerel ve bölgesel seçimlere zaman zaman gözlemci göndermekte ve raporlar hazırlamaktadır. Bu raporlar, Kongre'nin izlenen ülkeye ilişkin olarak alacağı tavsiye kararına da esas oluşturmaktadır.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Önsözünde, yerel yönetimlerin her türlü demokratik rejimin temellerinden biri ve halkın kamu hizmetlerine katılım hakkının Avrupa Konseyine üye tüm üye devletlerin paylaştığı demokratik ilke olduğu belirtilmektedir. Kamu hizmetlerine katılım hakkının en doğrudan kullanım alanının yerel düzey olduğu ve yerel yönetimlerin gerçek yetkilerle donatılmasıyla, vatandaşa yakın bir yönetim sağlanacağı vurgulanmıştır. Demokratik ilkelere ve yerel özerkliğe dayanan bir Avrupa için özerk yerel yönetimlerin korunması ve güçlendirilmesi zorunludur. Kamu hizmetlerinde sorumlulukların yerine getirilmesi, kaynaklar konusunda geniş özerkliğe sahip ve karar alma gücü olan organlarla donatılmış yerel yönetimlerin varlığını gerekli kılmaktadır.

Aslında geniş anlamıyla yerel özerklik ilkesi aynı zamanda, yerel yönetimlere kendilerine ilişkin kuralları koyma ve yürütebilme, merkezi yönetimin yerel işlere karışmasını önleme, kendi yerel kaynaklarını yaratma yetkisini sağlar. Özellikle, çatışma çözümü bağlamında bölgesel-yerel birimlere aktarılan yetki devri örneklerinde, yerel özerklilere bırakılan yetkilerin oldukça geniş tutulduğu gözlenir. Bu açıdan değerlendirildiğinde yerel özerkliğin, Şart kapsamında dar tutulduğu söylenebilir.

B. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın Hükümleri

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı 3 bölümden oluşmaktadır; ilk bölümde, özerk yerel yönetim kurumunun yer alması gereken anayasal ve yasal düzenlemeler, yerel yönetimin kapsamı, üst yönetimlerin yerel yönetimler üzerindeki denetiminin en az düzeyde olması gereği, yerel yönetimlerin yetki ve görev alanına oranlı olarak gelir kaynakları sağlanması gerektiği konularına yer verilmiştir. İkinci bölümde, Şart'ı onaylayan devletlerin yükümlülükleri ve sorumlulukları

belirlenmiştir. Üçüncü bölümde ise; yürürlük, çekilme, bildirimler konuları yer almaktadır.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın birinci maddesinde atıfta bulunulan 12. maddesine göre, Şart’ı kabul eden devletler belirli paragraflar zorunlu olmak üzere, Şart’ın birinci bölümündeki en az 20 paragraf ile kendini bağlı kabul etmeyi taahhüt etmektedir. Bu hüküm çerçevesinde Şart’a taraf çoğu devlet, Özerklik Şartı’nı kabul etmekle birlikte, belirli maddelerine çekince koymuştur. Türkiye de Özerklik Şart’ının bazı maddelerine çekince koyan devletler arasındadır.

Şart’ın 2. maddesine göre; “özerk yerel yönetim ilkesi ulusal mevzuatla ve mümkün olduğu durumlarda Anayasa ile tanınacaktır”. Türkiye için Anayasal düzeyde, tanımaya karşılık gelen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasa’nın mahalli idareleri düzenleyen 127. maddesinde, “yerel özerklik” deyimini yerine maddenin 2. fıkrasında “yerinden yönetim” ilkesi denmiştir. Ancak bu ifade, Şart’ın içerdiği ölçülerdeki bir yerel özerklik vurgusunu karşılar nitelikte görünmemektedir.

Şart’ın 3. maddesi, özerk yerel yönetim kavramını tanımlamaktadır. Özerk yerel yönetim kavramı, yerel makamların kanunlarla belirlenen sınırlar çerçevesinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü, sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı ve imkânı anlamına gelmektedir. Özerk yerel yönetim hakkı, doğrudan eşit ve genel oya dayanan gizli seçim sistemine göre serbestçe seçilmiş üyelere oluşan ve kendilerine karşı sorumlu yürütme organına sahip meclis ve kurullar eliyle kullanılacaktır. Bu hüküm, mevzuatın olanak verdiği durumlarda vatandaşlardan oluşan meclislere, referanduma, vatandaşın doğrudan katılımına olanak veren diğer yöntemlere başvurulmasını hiçbir biçimde etkilemeyecektir.

Şart’ın 4. maddesi, özerk yerel yönetimin kapsamına ilişkindir. İlk paragrafta, yerel yönetimlerin temel yetki ve sorumluluklarının anayasa ya da kanunla belirleneceği belirtilir. Bu hüküm, kanuna uygun olarak belirli amaçlar için yerel yönetimlere yetki ve sorumluluklar verilmesine engel oluşturmayacaktır. İkinci paragrafta, yerel yönetimlerin, yasaların çizdiği sınırlar içinde kendi görev alanları dahilinde olan ve başka yönetime bırakılmamış konularda faaliyette bulunmada takdir yetkisinin olduğu belirtilmiştir. Dördüncü paragrafta, kanunda öngörülen durumlar dışında yerel yönetim yetkilerinin merkezi veya bölgesel yönetimler tarafından zayıflatılmayacağı veya

sınırlanamayacağı belirlenmiştir. Bu açıdan Şart'a göre, aksine bir kanun bulunmadıkça en geniş şekliyle yetki alanının yerel yönetimlere bırakılması gerekmektedir. Bu açıdan Şart, özerkliğin düzeyini, ulusal normlarla bütünleşen içerikte tutmaktadır.

Türkiye'nin 4. maddede çekince koyduğu hüküm 6. paragrafı olup, yerel konularla ilgili planlama ve karar alma süreçlerinde yerel yönetimlere danışılması hükmüdür.

Şart'ın 5. maddesi, yerel yönetimlerin sınırlarının çizilmesinde ve belirlenmesinde mevzuat izin veriyorsa referanduma gidilmesini ve yerel topluluklara danışmadan yerel sınırların değiştirilmemesini belirlemiştir. (Türkiye'de belediye sınırlarının onaylanmasında referanduma gidilmemekle birlikte belediye meclisinin görüşleri alınmaktadır. Ancak il sınırlarının yasayla belirleniyor olması bu madde bakımından sorunludur.)

Şart'ın 6. maddesinin kabulü zorunlu kılınmamıştır. (Türkiye birinci paragrafta çekince koyup ikinci paragrafı kabul etmiştir.) Birinci paragrafta kanunla düzenlenmiş genel hükümlerin dışında yerel yönetimlerin kendi iç idari örgütlenmelerini oluşturabileceği ve özgün ihtiyaçlara göre yapılarını kurabileceği belirlenmiştir. Maddenin ikinci paragrafında yerel yönetimlerde personel istihdamında liyakat ve yeteneğin göz önünde tutulması ve bu amaçla da eğitim olanaklarını sağlanması, ücret ve mesleki ilerleme olanaklarının sağlanması düzenlenmiştir

Türkiye'nin 6. maddede çekince koyduğu hüküm, maddenin birinci paragrafı olup, yerel yönetimlerin kendi iç idari örgütlenmelerinin yapılarını, yine kendilerinin kararlaştıracaklarına dair hükmüdür.

Şart'ın 7. maddesi, yerel düzeyde seçilmiş temsilcilerin, görev koşulları, görevlerini özgürce yerine getirilmesi olanağının sağlanması ile sosyal ve mali haklarını düzenlemektedir. Buna göre, yerel temsilcilerin görevlerini yerine getirirken yapacakları masraflar tazmin edilecek ve yaptıkları iş karşılığında ücret ve sigorta primi ödenecektir.

Türkiye'nin 7. maddede çekince koyduğu hüküm, maddenin 3. paragrafı olup, yerel olarak seçilmiş kişilerin görevleriyle bağdaşmayacak işlev ve faaliyetlerinin kanunla ve temel hukuki ilkelere göre belirlenmelidir şeklindeki hükmüdür.

Şart'ın 8. maddesine göre, yerel makamlarının faaliyetlerinin idari denetimi, anayasa ve kanunlar ile belirlenmiş durumlarda ve yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Bununla birlikte, yerel yönetimlerin idari

denetiminin, kanunla ve anayasal ilkelere uygunluğunun sağlanması amacıyla başka amaçla yapılamayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, Şart, yerel yönetimlerin aldıkları kararların ve faaliyetlerin yerinde olup olmadığını denetleme yetkisi vermemektedir.

Türkiye, 8. maddenin 3. paragrafında yer verilen, yerel yönetimlerin idari denetiminin, korunmak istenen yararlar orantılı olarak sınırlandırılması hükmüne çekince koymuştur.

Şart’ın 9. maddesi, yerel yönetimlerin serbestçe kullanacakları mali kaynakların sağlanması ve bunun yasalarla verilen sorumluluklarla orantılı olmasını öngörür. Birinci paragrafta yerel makamlara serbestçe harcayacakları, yeterli öz mali kaynakları kullanma yetkisi verilir. İkinci paragrafta yerel yönetimlerin mali kaynaklarının anayasa ve yasalarda verilen görevlerle orantılı olacağı yer alır. Üçüncü paragrafta yerel yönetimlerin mali kaynaklarının bir kısmının yasal sınırlar içinde, oranlarını kendilerinin belirleme yetkisine sahip olduklarını, yerel vergi ve harçlardan sağlayacağını içerir. Beşinci paragrafta yerel yönetimlerdeki kaynak dengesizliklerini giderici denkleştirmenin yapılması gerektiği ve bunun nasıl yapılacağı belirtilir. Bu madde ayrıca yerel yönetimlere borç alma olanağı tanımaktadır.

Türkiye’nin 9. maddeye ilişkin koyduğu çekinceler, maddenin 4., 6. ve 7. paragraflarıdır. Bu hükümler: yerel yönetimlere kaynak sağlamada hizmet maliyetlerindeki artışın hesaba katılması, kaynakların yerel yönetimlere dağıtımında kendilerine danışılması ve yapılacak mali yardımların yerel yönetimlerin kendi politikalarını uygulamasında kendi politikalarının uygulanmasında takdire ilişkin temel özgürlüklerinin ortadan kaldırmaması hükümleridir.

Şart’ın 10. maddesi, yerel yönetimlerin başka yerel yönetimlerle işbirliği yapabilme ve birlik kurabilme haklarını içerir. Anayasa’nın 127. maddesinde birlik kurma hakkı Cumhurbaşkanının iznine bağlanmıştır. Şart’ın gereği doğrultusunda bu hükmün Anayasa’dan çıkarılması gerekir.

Şart’ın 10. maddesi kapsamındaki uluslararası bir yerel yönetim birliğine üye olma ve başka devletlerin yerel yönetimleriyle iş birliği olanaklarını içeren paragraflarına Türkiye çekince koymuştur.

Şart’ın 11. maddesi, yerel yönetimlerin kendi yetkilerini kullanırken yargı yoluna başvurma haklarını içerir. Bu maddeye Türkiye tarafından çekince konmuştur. Aslında yerel yönetimlerin yargı yoluna

başvurma hakları yasalarca tanınmıştır. Danıştay'ın yerel yönetimlerin başvuruları üzerine verdiği kararlar da bulunmaktadır.

Şart, yerel özerkliğin öznelere, “doğrudan, eşit ve genel oya dayanan gizli seçim sistemine göre özgürce seçilen ve sorumlu yürütme organlarına sahip olabilecek üyelerden oluşan meclisler veya kurullar” olarak belirlemiştir. Bununla birlikte, bu hüküm, mevzuatın olanak verdiği durumlarda, vatandaşlardan oluşan meclislere, referandumlara veya vatandaşların doğrudan katılımına olanak veren öteki yöntemlere başvurulabilmesini hiçbir şekilde etkilemeyecektir. (3. madde)

Şart, seçilmiş yerel yöneticileri birinci özne kabul ederken, yerel halkı ikincil özne olarak kabul etmiş ve katılım haklarını koruyucu düzenlemeye gitmiştir. 2009 tarihli, Yerel Yönetimlerin İşlerine Katılma Hakkına Dair Yerel Özerkliğe İlişkin Avrupa Şartı'na Ekli Protokol⁵, katılımı bir hak olarak düzenlemiştir. Ancak bu Protokole taraf olan devletlerin azlığı ve taraf devletler bakımından temsili demokrasinin esas olması nedeniyle, yerel halkın katılım hakları Şart kapsamında sınırlı bir şekilde koruma altındadır⁶.

Yerel Yönetimlerin İşlerine Katılma Hakkına Dair Yerel Özerkliğe İlişkin Avrupa Şartı'na Ekli Protokol, yerel yönetimlerin faaliyetlerine yerel halkın katılma hakkını uluslararası yasal bir güvence sağlayarak Şart'a yeni bir boyut kazandırmaktadır. Ek Protokol yerel halkın, katılma hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak ve bu hakkı yürürlüğe koymak için gereken her türlü yasal tedbirleri almayı gerektirmektedir⁷. Türkiye, katılım hakkına dair bu protokolü henüz imzalamamıştır.

⁵ Additional Protocol to the European Charter of Local Self-Government on the Right to Participate in the Affairs of a Local Authority, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=207>.

⁶ Yılmaz, Z. (2024). “Osmanlı'dan Bugüne Yerel Yönetim Politikasında Halkın Tezahürleri: Türkiye Cumhuriyeti'nin Yüzüncü Yılı İçin Bir Değerlendirme”, *Cumhuriyet'in 100. Yılında Geçmişten Geleceğe Anayasa Hukuku Tartışmaları*, Editörler: Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk-Fatmagül Yazıcı, İstanbul: Onikilevha Yayınları, s. 572.

⁷ Taştekin A.-Akça, H. (2020). s.599.

III. AVRUPA YEREL ÖZERKLİK ŞARTI’NIN TÜRKİYE UYGULAMASI

A. Türkiye’de Merkezîyetçi Yapı ve Yerleşme Gereksinimi

Demokrasinin gereği olarak siyasi iktidarın sınırlandırılması, günümüzde erkler ayrılığının hatta iktidar-muhalefet dengesinin ötesindeki araçlarla sağlanabilmektedir. Bu bağlamda, idari yapıdaki demokratikleşme belirleyici niteliktedir. İktidar yetkilerinin dikey paylaşımı kadar dikey paylaşım da demokrasinin gelişmesinde ve yerleşmesinde önemli paya sahiptir. Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan “Yerel Yönetimler Özerklik Şartı” gibi, yereli güçlendiren, öne çıkaran belgelerle Batı demokrasileri, güçlü yerel iktidarlar yoluyla demokrasinin yerleşmesini hedeflemiştir. Türkiye’de, yeni bir anayasa ve hükümet sistemi çerçevesindeki çalışmalarda yerel özerkliğin, öncelikle, önemle ele alınması ve bu yönlü dönüşümün sağlanması zorunluluğu, demokrasinin gelişimi hedefinin en önemli aracı olarak savunulmuştur. Yönetim sisteminin demokratikleştirilmesinin, güçlü yerinden yönetimlerle mümkün olabileceği açıktır⁸.

Demokrasinin gelişimi doğrultusunda, merkeze ait yetkilerin mümkün olduğunca yerinden yönetim birimlerine aktarılması zorunluluğu bulunduğu halde, Türkiye bugüne dek tersi bir yol izlemiştir. Merkezîyetçi yapı nedeniyle, yönetime katılım olanakları kısıtlanmakta, kamu hizmetleri etkin ve verimli şekilde sunulmamakta, kamu kurumlarının demokratik hesap verebilirliği zayıflamaktadır. Merkezîyetçi devlet yapısı Türkiye’de siyasal sorunların da temellerindedir. Türkiye’de demokratikleşme yönünde, merkezîyetçiliği azaltacak reformlar kapsamında, yasal düzenlemelerle birlikte anayasal düzenlemeler de son derece önemlidir⁹.

Demokrasinin geliştirilmesi yönünde normları hâkim kılmak yetkilerin dengelenmesi ve normlara uygunluğun denetimini gerektirir.

⁸ Yokuş, S. (2013). "Hükümet Sistemini Demokrasi Ekseninde Tartışmak", *Yeni Türkiye*, Sayı: 51, s.245.

⁹ Uygun, O. (2012). *Yeni Anayasada Yerel ve Bölgesel Yönetim için Öneriler*, İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV) Yayınları, s. 9.

Ulusal düzeydeki mekanizmalarla denge ve denetim, siyasi ve ekonomik demokrasiyi güçlendirir. Bu çerçevede ulusalüstü denetimler de önemlidir. Örneğin, Avrupa Birliği ulusalüstü bir denge ve denetim mekanizmasını oluşturmaktadır. “Avrupa Birliği’nin Bölgesel Politikası”, uygulayan ülkeler bakımından ulusalaltı ve ulusalüstü denge ve denetlemeyi yaşama geçirmede işlevsel olmuştur¹⁰. Türkiye’de yerel yönetimlere ilişkin düzenlemeler ise, Avrupa standartlarına ve bu bağlamda Yerel Yönetimler Şartı’na aykırı durumdadır. Çünkü, demokrasinin gereği olan yönetimde yerellik ilkesi uygulanmamaktadır.

Demokratik ülkelerde merkezi idare tarafından uygulanan yönetsel gözetim ve denetim işlevi, Türkiye’de yerel yönetimleri, dolayısıyla belediyeleri, merkezi yönetime bağlı tutma yönünde bir anlayış çerçevesinde yerine getirilmektedir. Hükümetler, genellikle, belediye yönetimlerini, kendi siyasi partilerinden olduğunda, kaynak ve yetki bakımından güçlendirme yoluna gittikleri halde, aksi durumlarda, kaynak ve yetkileri daraltmakta ve idari vesayet denetimini siyasi amaçlar doğrultusunda kullanmaktadırlar¹¹.

Yerel özerkliğin güçlendirilmesi zorunluluğu, Türkiye’nin, Avrupa Birliği ile yürütülen müzakere sürecinde itici dış etken olarak ortaya çıkmıştır. Avrupa Birliği’ne entegrasyon sürecinde, yerel yönetimlerde reform, en fazla hissedilen zorunluluklardan biri olarak ve belediyeler özelinde görülmüştür. Avrupa Birliği’nin dayattığı ekonomik, sosyal, siyasal uyum, yönetimin işleyişini de kaçınılmaz biçimde etkilemektedir. Yerel yönetimler de üye ülkelerin yönetim sisteminin

¹⁰ Aktar, C. (2016). “Anayasada ademimerkeziyetin istisna değil kural olmasının önündeki engeller nelerdir? Gelişmiş ülkelerde bu engeller neden ve nasıl bertaraf edilir?”, “?”, *Türkiye’nin Anayasa Gündemi*, Derleyen: İbrahim Ö. Kaboğlu, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 278.

¹¹ İnaç, H.- Ünal, F. (2015). “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türkiye’de Belediyeler”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 2007, Sayı: 17, 20.06.2015, s. 12, 13. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/dpusbe/issue/4759/65372> (Erişim Tarihi: 26.10.2023).

önemli bir parçası olduğu için, Avrupa Birliği’nin uyum politikalarının etkilerine doğrudan maruz kalmaktadırlar¹².

Avrupa Konseyi nezdinde Türkiye için yapılan bu çalışmaların ötesinde, Türkiye’de merkezin hantallığı ve bölgelerin gereksinimlerindeki farklılıklar nedeniyle, bu tartışma geçmişten beri sürmektedir. Dolayısıyla denebilir ki, aslında bu tartışmalar yeni değil. 15.7.2004 tarihli 5227 Sayılı “Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun”, idari yapıda çok daha kökten bir dönüşümü hedeflemekteydi. Cumhurbaşkanının bu kanunu Meclis’e iadesiyle, idari yapılanmanın dönüştürülmesi ile ilgili tartışmalar da rafa kaldırıldı. Oysa bu kanunun tasarısının ana gerekçesinde: “Uzun yıllardır tartışılan, zaman zaman bürokrasi ve siyasi otoriteler tarafından çeşitli şekillerde gündeme getirilen yeniden yapılanma ihtiyacı, artık ihtiyaç olmanın ötesine geçmiş ve bir gerekliliğe dönüşmüştür. Ülkemizin küresel rekabet ortamı içinde hak ettiği yere gelmesi ve halkımızın refah düzeyinin yükselmesi bu değişim ile birebir ilişkilidir. Uzun yıllardır tartışılan, hayata geçirilmemiş çeşitli tasarımlara konu olan yeniden yapılanmanın daha fazla geciktirilmemesi gerekmektedir. Mevcut verimsiz yapının maliyetlerinin birikimi ve geç kalmış bir yeniden yapılanmanın daha fazla uyum sorunu doğuracağı dikkate alındığında, siyasi kararlılık ve toplumsal destek gösterilerek bu reformun bir an önce hayata geçirilmesi bütün kesimlerin ortak sorumluluğudur” ifadelerine yer verilmişti. O günlerde yerele yetki aktarımına ilişkin bu ileri görüşlere rağmen, idari yapıda dönüşüm gereğinin ivediliğine vurgu yapıldığı halde, bu güne kadar bu konuda gerekli adımlar atılmadı. “Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un, yerel yönetimleri güçlendirmek için yapıldığı söylendiği halde, içeriğindeki düzenlemelerin merkezi yönetimi güçlendirdiği görüldü. Bununla birlikte; Türkiye’de yeni anayasa hazırlığına dönük olarak ortaya çıkan bütün çalışmalarda yerel özerkliklerin geliştirilmesi, güçlü yerel birimler olarak bölge yönetimlerinin oluşturulması yönündeki

¹² Poyraz, E.- Yöndemli, K. (2015).” Yerel Yönetimlerde Yükselen Halkla İlişkiler İhtiyacı”, *E-journal of Intermedia*, Fall -December- 2015 2(2), s. 324. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/intermedia/issue/45358/568468> (Erişim Tarihi: 30.03.2024).

öneriler ağırlık kazandı. Güçlü yerel özerklikler; demokratik kanalların açılmasında ve demokratik temsilde önemli görüldü. Yerel yönetimlerin güçlendirilmesinin, üniter devlet yapısına da demokratik güç kazandıracığı, öne çıkan ağırlıklı görüşlerdendi¹³.

B. Avrupa Yerel Özerklik Şartı'na Uygunluk Olanakları

Avrupa Konseyi'ne bağlı oluşturulan Avrupa Bölgesel ve Yerel Yönetimler Kongresi, Türkiye'deki yönetim sisteminde bazı değişikliklerin gereğini belirtmektedir. Avrupa Bölgesel ve Yerel Yönetimler Kongresi'nin Türkiye'ye yönelik isteklerinden bir bölümü, yerel yönetimlerle ilgili olarak anayasal değişiklikler yapılmasını gerektirmektedir. Bunlardan en önemlisi, yerel yönetimleri "idarenin bütünlüğü ilkesi" içine yerleştiren 127. maddedir. Kongre, yönetim sisteminin temel yapısına dönük olarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda 127. maddesinin Avrupa Yerel Özerklik Şartı'na uygun hale getirilmesini vurgulamaktadır. Buna göre, Anayasa'nın 127. maddesine dayanarak, merkezi hükümet, yerel yönetimler üzerinde genişletilmiş bir vesayet denetimi yürütmektedir. Bu durum, Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nda vurgulanan yerellik ilkesine aykırı bulunmaktadır. Kongre, 127. maddede, özel olarak, beşinci fıkranın değiştirilmesi üzerinde durmaktadır. Bu fıkra göre: "Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir." Bu fıkranın, yerel yönetimlerin, idari ve mali özerkliğe sahip kuruluşlar olarak, yerellik ilkesi gereklerine göre denetlenebileceği şekilde dönüştürülmesi beklenmektedir¹⁴.

Avrupa Bölgesel ve Yerel Yönetimler Kongresi'nin, 1997 yılında, Türkiye hakkında geçici olarak görevden alınan belediye

¹³ Yokuş, S. (2013). *Türkiye'de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar*, Ankara: Seçkin Yayınları, s.232.

¹⁴ Haktankaçmaz, M. İ. (2021). "Avrupa Konseyi Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi Kararlarında Türkiye'de yerel Demokrasi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*", Cilt: 9, Sayı:1, s.114. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/1232565> (Erişim Tarihi: 31.03.2024).

başkanlarının şikayetleri üzerine yapılan olgu incelemesi sonrası yazılan tavsiye kararı, mevzuatı ve 1996 hedeflerini değerlendiren ilk denetim rapordur. Bu rapordaki bazı hususlar, Kongre’nin Türkiye hakkında 2022’de yayımladığı son denetim raporu bakımından da geçerliliğini koruyan hususlar olmuştur. Kongre, Türkiye’deki yerel yönetim birimleri arasında büyükşehir belediyelerini, mali kapasitesi ve yetkileri bakımından Şart güvencelerine uygun olan tek yerel yönetim birimi olarak görmüştür. Kongre, bu yapıların il özel idareleri, ilçe belediyeleri ve köyler karşısında güçlü konumu karşısında; yerel yönetimlerin birbirlerine karşı değil, merkezi idareye karşı güçlendirilmesi gereğini hatırlatmıştır. Kongre raporunda, valinin il özel idarelerindeki yürütme konumunu eleştirerek, valilerin ya yerel yönetim yapısından çıkarılmaları ya da diğer seçimle gelen yürütme organları (belediye başkanları) gibi meclis karşısında siyasi sorumlu olmaları önerisini getirmiştir. Kongre 1997 raporunda, yerel yetkililerin geçici görevden alınmalarının dayanağı olan Anayasa’nın 127. maddesinin Anayasa’dan ayıklanmasını ya da geçici görevden almaya, hızlandırılmış usulde karar verecek bir yargısal makam tarafından karar verilmesini önermiştir¹⁵.

Uluslararası örgütlerin Türkiye’den beklentileri, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın gündemde kalmasının temel nedenlerinden biridir. Avrupa Konseyi tarafından ortaya konulmuş olan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, bir uluslarüstü örgüt olarak Avrupa Birliği’nin de çok sık bir şekilde atıfta bulunduğu bir belgedir. Avrupa Birliği, üye ülkelerin bütünleşme sürecinde yerel ve bölgesel yönetimlere özel bir önem atfetmektedir. Avrupa Birliği’nin birçok resmi metninde, yerel hizmetlere ilişkin en temel ilkelerden olan yerelleşme ilkesine yer verilmesi, bu ilkeye verilen önemin en temel göstergesidir. Bu çerçevede, Avrupa Birliği, üye ve aday devletlerden yerel yönetimlere ilişkin beklentilerini sıralarken, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’na veya Şart’ın kapsamında yer alan birçok hükme yer vermektedir. Avrupa Komisyonu, Türkiye 2006 ilerleme raporunda olduğu gibi, Avrupa Birliği’nin Türkiye’ye ilişkin çeşitli ilerleme raporlarında, Türkiye’nin kamu yönetimi sisteminin daha adem-i merkeziyetçi bir yapıya dönüşümünü sağlayacak şekilde merkezi yönetimden yerel yönetimlere yetki devrinin gerçekleştirilemediği, yerel yönetimlerin mali özerkliğinin tesis edilemediği ve yerel düzeyde katılımcı mekanizmaların işletilemediği yönündeki eleştirilerini dile getirilmiştir. Yerel ve Bölgesel

¹⁵ Yılmaz, Z. (2024). s. 572, 573.

Yönetimler Kongresi Türkiye'ye ilişkin 2011 yılındaki tavsiye kararında, 2005 yılından sonra yerel ve bölgesel demokrasi açısından reformların yavaşladığı ve yeni anayasa sürecinin ölkedeki adem-i merkeziyetçiliği güçlendirmek için kullanılması gereği belirtilmiştir. Bu doğrultuda, idari vesayetin kaldırılması, kamu hizmetlerinin sunumunda dil tercihinin gündeme getirilmesi, yeni köy kanununun kabul edilmesi, yerel yönetimler için yeni bir gelirler kanununun kabul edilmesi, il özel idarelerinin işlerinde valinin görevlerinin azaltılması ve Avrupa Yerel Özerklik Şartı'na koyulan çekincelerin kaldırılması gibi tavsiyeler dile getirilmiştir. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na uyum sağlama amacı da göz önünde bulundurularak, yeni bir anayasanın da gündemde olduğu 2000'li yılların ortasından itibaren Türkiye'de yeni bir yerel yönetimler reformu başlatılmıŐtır. Söz konusu yerel yönetimler reformu çerçevesinde 2004 yılında "5126 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu", 2005 yılında ise "5393 sayılı Belediye Kanunu" ve "5302 sayılı il Özel idaresi Kanunu" kabul edilmiştir. Bu reform girişimi ile Türkiye'deki yerel yönetimlerin daha özerk ve demokratik bir yapıya kavuşturulması amaçlanmıŐtır. Bu reform kapsamında kabul edilen yasal düzenlemeler, yerel yönetimlerin görevleri, organları, teşkilatları ve denetimleri açısından önemli değişimleri beraberinde getirmiştir. Bu değişimler, Türkiye'nin Avrupa Yerel Özerklik Şartı'na koyduğu çekincelerin birçoğunun fiili olarak anlamını yitirmesine yol açmıştır. Bu bağlamda, bir yandan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın içeriğinin ortaya koyulması, diğer yandan da son yerel yönetimler reformu ile gelen değişimlerin, Türkiye'deki yerel yönetimlerin özerkliği ve Türkiye'nin Özerklik Şartı'na uyum düzeyi üzerindeki etkisinin gündeme alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, çekincelerin niteliği üzerinden güncel değerlendirmeler de yapılmalıdır. Türkiye'nin çekince koyduğu maddeler ve fıkralar genel olarak değerlendirildiğinde, çekincelerin daha çok yerel yönetimlerin merkezi yönetim tarafından bir paydaŐ olarak görölmesini gerektiren "yerel yönetimlere danışma", "mali özerkliğin güçlendirilmesi" ve "kendi aralarında ve uluslararası alanda iş birliğine girme" konularına odaklandığı görölmektedir¹⁶.

¹⁶ Aygen, M. (2017). "Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Üzerine Bir İnceleme: Türkiye Örneği", *Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi*, Cilt:5, Sayı:10, s. 257, 258, 261.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’na Türkiye tarafından çekince koyulan maddeler detaylı incelendiğinde, yerel yönetimlerin iç idari örgütlenmelerini kendi organlarınca belirlemesi, merkezi vesayetin azaltılması, mali özerklik kapsamında yerel yönetimlere hareket özgürlüğü ve esneklik tanınması, uluslararası alanda yerel makamlarla işbirliği yapmaları ile uluslararası birliklere katılma hakkının tanınması ve yargı yollarına başvuru hakkının genişletilmesiyle ilgili konulara çekinceler konulduğu görülmektedir. Türkiye’nin bu maddelere çekince koyma gerekçelerini açıklamadığı ve birçok çekinceyle ilgili çekinceyi etkisiz kılan şekilde hukuki düzenlemeler yaptığı bilinmektedir. Özellikle 2000’li yıllardan itibaren kamu yönetimini yeniden yapılandırma çalışmaları kapsamında, Avrupa yerel Özerklik Şartı’na uygun olarak yerel yönetimlerde reform niteliğinde düzenlemelere gidilmiştir. Gerçekten de yerel yönetimlerin görev ve yetkilerini artırmak, idari vesayetin etkilerini azaltmak ve mali açıdan yerel yönetimleri güçlendirmek gibi amaçlarla yapılan düzenlemeler, yaşama geçirilemese de hukuksal düzlemde Türkiye’de reform niteliğindeki düzenlemelerdir¹⁷. Bununla birlikte, Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi, Türkiye’ye ilişkin 2005 yılındaki tavsiye kararında, yerel yönetimlere ilişkin yeni mevzuatın memnuniyetle karşılandığını fakat bu mevzuatın sağlıklı bir değerlendirmesinin ancak uygulama görüldükten sonra yapılabileceğini belirtmiştir. Ayrıca, yerel yönetimlerin, mevzuatla yetkileri genişlese bile merkezi yönetimin sahip olduğu vesayet yetkileri nedeniyle, yerele tanınan yetkilerin “tam ve münhasır” olarak tanımlanması olanaksızdır. Kongre’ye göre, iddialı reform programı kapsamında yürürlüğe giren mevzuata rağmen Türk yerel yönetim sisteminde esaslı bir değişiklik olmamıştır¹⁸.

Türkiye, 2000’li yılların başından itibaren Avrupa Birliği’ne uyum kapsamında yapılan reformlarla birlikte kamu yönetiminin yeniden yapılanma çerçevesinde, yerel yönetimlerdeki yeniden yapılanma, yönetime katılma, açıklık ve hesap verebilirlik, stratejik planlama ve merkezi yönetimin etkilerinin azaltılarak yerel yönetimlerin güçlenmesi gibi önemli konular gündeme gelmişti. Bu doğrultuda, Türkiye’de kamu yönetiminde yeniden yapılanma kapsamında gerçekleştirilen yerel yönetimler reformlarıyla birlikte Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’na konulan çekincelerin mevcut durumunu incelemek

¹⁷ Taştekin A.-Akça, H. (2020). s.601.

¹⁸ Haktankaçmaz, M. İ. (2021). S. 115.

gerekmektedir. 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun ve ilgili diğer mevzuat düzenlemeleriyle, Türkiye'nin Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na koyduğu çekinceler büyük oranda anlamını yitirmiştir. Söz konusu düzenlemeler, yerelleşmeye Şart'ın içeriği doğrultusunda katkı sağlayan düzenlemeler olmuştur. Örneğin, Türkiye Şart'ın, yerel makamların birlik kurma ve birliklere katılma hakkı konusunu düzenleyen 10. maddesinin 2. paragrafına çekince koymuştur. 2005 yılında çıkarılan yerel yönetimlerin birlik kurabilmelerini düzenleyen 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu ile çekince konulan hükümle uyum sağlanmıştır. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na Türkiye tarafından koyulan çekincelerin çoğu kaldırılabilir. Bu kapsamda, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 4. maddesinin 6. paragrafına, 6. maddesinin 1. paragrafına, 7. maddesinin 3. paragrafına, 9. maddesinin 6. paragrafına, 9. maddesinin 7. paragrafına, 10. maddesinin 2. paragrafına, 10. maddesinin 3. paragrafına ve 11. maddesine Türkiye tarafından koyulan çekincelerin kaldırılmaması için bir neden bulunmamaktadır¹⁹.

Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresinin 2005 raporu çerçevesinde kabul edilen tavsiye karara göre; Türkiye uygulamasında Şart bağlamında temel sorun, yerel yönetimlerin yetkilerinin oranı değil, yerel yönetimlere tanınan yetkilerin “tam ve münhasır” olmamasıdır. Merkezi yönetim ile yerel yönetimlerin yetki ve görevleri bazı hallerde çakışmakta ve idari vesayet sınırları öngörülebilir. Öngörülebilirlik, yerel hizmetlerin sürekliliği ve hizmetleri sunanların hesap verebilirliği bakımından oldukça önemlidir. Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresinin 2007 raporu ve tavsiye kararı, Türkçe yanında diğer dillerde de kamu hizmeti sunma kararı alan Diyarbakır Sur Belediye Meclisinin organlık sıfatının düşürülmesi üzerine yapılan şikayetler sonrasında hazırlanmıştır. 2005'te yeni Belediye Kanunu'na işlenen ve siyasi konularda karar alma halinde Belediye Meclisinin feshi konusu bu raporda ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir. Bu doğrultudaki belirlemelere göre, Türkiye'de Türkçe dışında dillerde konuşan vatandaşların kültürel hakları zedelenmektedir. Siyasi karar

¹⁹ Taştekin A.-Akça, H. (2020). s.601, 602, 605.

yaşağı, kamusal işlere karar verme ve bunları yönetme hakkını kapsayan yerel özerklikle bağdaşmamaktadır. Türkiye’nin, Avrupa Konseyi Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi ile Bölgesel ve Azınlık Dilleri Avrupa Şartını onaylaması, çözüm olarak önerilmiştir. Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresinin 2011 raporu kapsamında, 5747 sayılı Kanun ile belediyelerin köye dönüştürülmesi uygulaması eleştirmiştir. Köylerin zayıf kapasitesi ve merkezi yönetim ile diğer yerel yönetimlere mali bağımlılığı gerçeğı karşısında, planlama yapılmadan böyle büyük bir değışikliğı, diğer yerel yönetimleri ve özellikle küçük ölçekli belediyeleri zor durumda bırakacağı açıklanmıştır. Belediyelere ve Özerklik Şartı’nın gerekli kıldığı şekilde yerel halka danışmadan, belediyelerin köy veya mahalleye dönüştürülmesi, köylerin merkeze ve il özel idarelerine bağımlılığını artıracaktır, karar alma serbestisi olmayacağı için yetkiler merkezileşecektir. Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi’nin 2011 sonrası raporları, seçimle gelen organların görev güvencesine odaklanmıştır. Seçilmiş yerel yöneticilerin uzun tutukluluk süreleri nedeniyle iletilen şikayetlere dair 2014 tavsiye kararında Kongre, milletvekillerine sağlanan yasama bağımsızlıklarına benzer bir kurumu, yerel yönetimler bakımından da önermiştir. Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi’nin 2017 raporu, olağanüstü hâl döneminde yerel yönetim yasalarında yapılan düzenlemelerin, Avrupa yerel özerklik Şartı’na uygunluğunun değerlendirilmesi önemlidir. 2017 raporunun yazıldığı dönemde onlarca belediye başkanı ve ayrıca meclis üyeleri görevden uzaklaştırılmıştır. Şikayetler üzerine Türkiye’ye gelen delegasyon, yerel yönetim temsilcileri ile sivil toplum temsilcileriyle görüşüp, bu görüşler rapora yansıtılmıştır. Türkiye’de, 2016-2018 arasındaki olağanüstü hâl yönetimi döneminde, 5393 sayılı Kanuna 674 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararname yoluyla eklenen, terör suçları düzenlemesiyle, Anayasanın 127. maddesindeki görev suçları nedeniyle geçici görevden alma hükmünün kapsamı genişletilmiştir. Belediye Meclisi içinden bir kişinin seçilmesi hükmüne istisna getirilerek, görev suçları nedeniyle geçici görevden alınan belediye başkanlarının yerine, merkezi yönetim tarafından, seçimle gelmeyen kişilerin belediye başkanı olarak atanması olanağı sağlanmıştır. Bu atamaları, büyükşehir ve il belediyelerinde İçişleri Bakanı, diğer belediyelerde de valiler gerçekleştirmiştir. Bu düzenlemeler halen yürürlükte olup, olağanüstü hâl yönetim biçimi, yerel yönetimler bakımından olağanlaşmıştır. Kongre’ye bu düzenlemeler, Avrupa yerel Özerklikler Şartı’nın; kamusal işlerin seçilmiş temsilciler eliyle görülmesi (madde 3), idari vesayet sınırlılığı (madde 8), etkili başvuru hakkı (madde 11), yerel yönetim yetkilerinin diğer makamlarca

işlevsizleştirilmesi yasağı (madde 4) gibi güvencelerinin ihlaline neden olmaktadır. Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi'nin Türkiye'ye ilişkin 2022 yılı Raporunda, 6360 sayılı Kanun sonrasında, yerel yönetimler bakımından, “düalist ve asimetrik” bir yerinden yönetim uygulamasının ortaya çıktığı belirlenmiştir. Yerel demokrasi meselelerinde Avrupa yerel Özerklikler Şartı'nın, yargı kararlarında, destek ya da esas ölçü norm olarak dikkate alınmaması da rapor kapsamında eleştirilmiştir²⁰.

Şart'ın Türkiye'de uygulanabilirliğine ilişkin önemli bir tartışma boyutunu, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası çerçevesindeki tartışmalar oluşturmaktadır. Anayasa'nın 90. Maddesindeki hükme göre, “...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Yerel özerklik konusuna bitişik haklarla birlikte Şart'ın bir uluslararası antlaşma olduğu dikkate alındığında, Anayasa'nın 90. maddesindeki hükmün, Şart için de geçerli olacağı sonucuna varılacaktır. Buna göre, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ile Türkiye'de kanunların aynı konuda farklı hükümleri nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Şart'ın hükümleri esas alınacaktır.

VI. SONUÇ

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın içeriğinin özünü; demokrasiye ilişkin standartların gerçekleşebilmesi için merkeze ait yetkilerin, yerinden yönetim birimlerine aktarılması zorunluluğu oluşturmaktadır. Türkiye'de, merkezîyetçi yapı ve katı merkezîyetçi politikalar nedeniyle, yönetime katılım olanakları kısıtlanmakta, kamu hizmetleri etkin ve verimli şekilde sunulamamakta, kamu kurumlarının demokratik hesap verebilirliği zayıflamaktadır. Türkiye'de bu sorunlar yalnızca demokrasi açıkları yaratmakla kalmayıp, toplumsal-siyasal çatışmalara da zemin oluşturmaktadır. Farklı kimliklerin, yerel yönetimler üzerinden kültürel haklara ilişkin açılımlardan yoksunluğu, yerel demokrasinin olmayışının ötesinde sorunlara neden olmaktadır.

Türkiye'de, yönetim merkezi olduğu için, başta Anayasa'nın idari vesayeti içeren hükmü olmak üzere, yerel yönetimlere ilişkin birçok

²⁰ Yılmaz, Z. (2024). s. 573-577.

düzenleme, yerel demokrasiyi dayatan Avrupa Yerel Özerklik Şartı’na aykırı durumdadır. Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi’nin çok sayıda rapor ve karar içeriğinde, Türkiye’de yerel yönetimlere dönük demokratik olmayan uygulamaların, Avrupa Yerel Özerklik Şartı’nın hedeflerine ve ilkelerine aykırılığı tespitine yer verilmiştir.

Merkezi yönetimin, demokratik ülkelerde uyguladığı yönetsel gözetim ve denetim işlevi, Türkiye’de yerel yönetimleri, merkezi yönetime bağlı tutma yönünde kullanılmaktadır. Bunun yöntemi olarak hükümetler, yerel yönetimleri, kendi siyasi partilerinden olduğunda, kaynak ve yetki bakımından güçlendirmektedirler. Türkiye’de merkezi yönetim, idari vesayet denetimini siyasi amaçlar doğrultusunda kullanmakta, kendi siyasi partisinden olmayan yerel yönetimlerin, kaynaklarını ve yetkilerini daraltmaktadır.

Türkiye’de demokratikleşme yönünde adımların atıldığı her dönemde, yerel özerkliklerin geliştirilmesi gündeme geldi. Özellikle demokratik yeni anayasa arayışları sırasında yerel özerkliklerin güçlendirilmesi gereği; Türkiye’nin öne çıkan siyasal sorunlarından olan kimlik haklarından ve kültürel haklardan bağımsız olarak, demokratik yönetim biçimi, demokratik işleyiş ve demokratik temsilde önemli bir adım olarak düşünüldü. Bu deneyimden hareketle denebilir ki, Türkiye açısından, demokratik standartlara her yöneliş, beraberinde yerel özerkliğe ilişkin ilkelerin uygulanması zorunluluğunu da hatırlatmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKTAR, Cengiz (2016). “Anayasada ademimerkeziyetin istisna değil kural olmasının önündeki engeller nelerdir? Gelişmiş ülkelerde bu engeller neden ve nasıl bertaraf edilir?”, *?*, *Türkiye'nin Anayasa Gündemi*, Derleyen: İbrahim Ö. Kaboğlu (ss. 320-325). İstanbul: İletişim Yayınları.
- AYGEN, Murat (2017). “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Üzerine Bir İnceleme: Türkiye Örneği”, *Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi*, Cilt:5, Sayı:10, ss. 256-276.
- HAKTANKAÇMAZ, Mehmet İlker (2021). “Avrupa Konseyi Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi Kararlarında Türkiye’de yerel Demokrasi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*”, Cilt:9, Sayı:1, ss.105-134. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1232565> (Erişim Tarihi: 31.03.2024).
- İNAC, Hüsamettin- ÜNAL, Feyzullah (2015). “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türkiye’de Belediyeler”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 2007, Sayı: 17, 20.06.2015. ss. 1-24. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/dpusbe/issue/4759/65372> (Erişim Tarihi: 26.10.2023).
- KELEŞ, Ruşen (2011). “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı”, *Nasıl Bir Yerel Yönetim?* (ss.14-25). İstanbul: Güneydoğu Anadolu Bölge Belediyeler Birliği Eğitim Yayınları-4, Gün Matbaası.
- POYRAZ, Emel-YÖNDEMLİ, Kezban (2015). “Yerel Yönetimlerde Yükselen Halkla İlişkiler İhtiyacı”, *E-journal of Intermedia*, Fall -December- 2015 2(2), ss. 319-329. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/intermedia/issue/45358/568468> (Erişim Tarihi: 30.03.2024).
- TAŞTEKİN, Abdullah-AKÇA, Hakan (2020). “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’na Türkiye’nin Koyduğu Çekincelerin Yeniden Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 3, ss.594-609. <https://doi.org/10.33712/mana.811416> (Erişim Tarihi: 04.11.2023).

- UYGUN, Oktay (2012). *Yeni Anayasada Yerel ve Bölgesel Yönetim için Öneriler*, İstanbul: Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV) Yayınları.
- YILMAZ, Zülfiye (2024). “Osmanlı’dan Bugüne Yerel Yönetim Politikasında Halkın Tezahürleri: Türkiye Cumhuriyeti’nin Yüzüncü Yılı İçin Bir Değerlendirme”, *Cumhuriyet’in 100. Yılında Geçmişten Geleceğe Anayasa Hukuku Tartışmaları*, Editörler: Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk-Fatmagül Yazıcı (ss. 529-583). İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- YOKUŞ, Sevtap (2013). “Hükümet Sistemini Demokrasi Ekseninde Tartışmak”, *Yeni Türkiye*, Sayı: 51, ss.236-245.
- YOKUŞ, Sevtap (2013). *Türkiye’de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar*, Ankara: Seçkin Yayınları.

AN EVALUATION OF THE REGULATIONS REGARDING THE ELECTION OF MAYORS AND THE TERMINATION OF THEIR DUTIES

Adil BUCAKTEPE*

ABSTRACT

Although there can be differences in specific conditions, the administrative organizations of states are generally formed according to two main systems of central management and local management. In Article 123 of the Constitution of the Turkish Republic, the establishment and duties of the administration are based on the principles of central management and local management. Central management (centralisation) means that public services are managed and conducted by the state from a single centre. Local management (decentralisation) means that local public services and some public services with technical features are conducted by public bodies organized outside the central state administration. Decentralized government organizations are separated into two, as decentralized government organizations (public institutions) in terms of service, and decentralized government organizations (local administrations) in terms of location. There are many different types of public institutions, such as universities, public economic projects, Social Security Institution, and the General Directorate of State Water Works. Local administrations are limited to

* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: adilbucaktepe@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4154-7032.

Makalenin Gönderim Tarihi : 06.02.2024.

Makalenin Kabul Tarihi : 29.05.2024.

three forms of “provincial administration”, “municipality”, and “village”. It is stated in the Constitution that local administrations will be established to meet the common needs of the people in the province, municipality, or village. The decision-making bodies of local administrations are established in elections by legally entitled voters. There are three municipal bodies of local administration; municipal council, municipal committee, and municipal mayor. The aim of this study was to evaluate the conditions of election and termination of municipal mayors.

Keywords: State, administrative organization, local administration, municipal bodies, mayor.

BELEDİYE BAŞKANLARININ SEÇİMİ VE GÖREVLERİNİN SONA ERMESİ HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

ÖZ

Devletlerin idari teşkilatları, kendi özel şartlarına göre farklılıklar gösterse de genellikle iki ana sisteme göre şekillenmiştir. Bunlar merkezden yönetim ve yerinden yönetim sistemleridir. Nitekim Anayasamızın 123’ncü maddesinde de idarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır denilmektedir. Merkezden yönetim (merkeziyet), kısaca kamu hizmetlerinin tek bir merkezden, devlet tarafından yönetilmesi ve yürütülmesi manasına gelir. Yerinden yönetim (ademi merkeziyet) ise yerel nitelikli kamu hizmetleri ile teknik özellikleri olan birtakım kamu hizmetlerinin merkezi idarenin yani devlet idaresinin dışında örgütlenmiş kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi anlamına gelmektedir. Yerinden yönetim kuruluşları kendi içinde hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları (kamu kurumları) ve “yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları (mahalli idareler)” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. “Kamu kurumları” üniversiteler, kamu iktisadi teşebbüsleri, Sosyal Güvenlik Kurumu, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü gibi kuruluşlar olup sayıları çok çeşitlidir. Mahalli idareler ise sınırlı sayıda olup, “il özel idaresi”, “belediye” ve “köy” olmak üzere üç tanedir. Zira Anayasamızda mahalli idarelerin; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulacağı hükmüne yer verilmiştir. Mahalli idarelerin karar organları kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulur. Mahalli idarelerden belediyenin organları belediye meclisi, belediye encümeni ve belediye başkanı olmak üzere üç tanedir. Bu çalışmada belediye başkanının göreve gelmesi ve görevini sona erdiren haller ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Devlet, idari teşkilat, mahalli idare, belediye organları, belediye başkanı.

I. INTRODUCTION

Municipalities in Türkiye are regulated with two different laws¹; the Metropolitan Municipality Law no.5216 and the Municipality Law no.5393. The first is a specific law and the second, a general law. Subjects not regulated in the Metropolitan Municipality Law no.5216 can be found in the Municipality Law no.5393. Therefore, the Municipality Law is cited in many parts of the Metropolitan Municipality Law. For example, in the last paragraph of Article 12 of the cited law, it is stated that the provisions of the Municipality Law will apply to metropolitan district municipal councils and other matters related to their working procedures and principles.

Similarly, in the second paragraph of Article 17 of the same law, it is stipulated that the deputy mayor of the metropolitan municipality will be determined in accordance with the procedures in the Municipality Law.

The definition of a municipality is stated in Article 3 of the Municipality Law no.5393 as a public entity with administrative and financial autonomy, established to meet the common needs of the residents in the locality with decision-making bodies elected by voters. In the same Article the municipal bodies are stated to be a municipal council, municipal committee, and municipal mayor. There are no regulations related to the election of the municipal bodies in the Municipality Law no.5393. The elections are conducted in accordance with the principles and practices in the Law on the Election of Local Administrations, Neighbourhood Headmen and Councils of Aldermen, no.2972.

The head of the municipal administration and the representative of the municipal legal entity is the mayor. In other words, the highest

¹ For detailed information about the emergence of the municipality system, see: OSTEN, Necmi: İdare Hukuku Dersleri, Başnur Press, Ankara 1968, p. 142-144. Municipal administration in Türkiye was first established in İstanbul in 1854. ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, 3rd Edition, Turhan Bookstore Publishes, Ankara 2012, p. 305.

hierarchical leader of the municipality is the mayor. Although there are no principles and practices related to the election of the mayor in the Municipality Law no.5393, the conditions for termination are regulated.

II. THE ELECTION OF A MUNICIPAL MAYOR

The highest hierarchical leader of the municipal administration, which is the local administrative unit, is the mayor². The representative of the municipal legal entity and the municipal administrative body is the mayor.³

The mayor is elected by citizens living in the locality⁴. The locality is defined as the place where the municipality is located in the Municipality Law no.5393. The regulations for the election of a mayor are stated in the Metropolitan Municipality Law no. 5216 and the Municipality Law no.5393. Revisions related to this subject were made in the Law on the Election of Local Administrations, Neighbourhood Headmen and Councils of Aldermen, no.2972. This law states the principles for candidacy and election, and election districts with the election system, procedures, periods and times of the members of the provincial council, mayors and municipal council members, village and neighbourhood headmen and members of the council of aldermen.

The principles and procedures related to election and political activities are stated in Article 67 of the Constitution. In the second paragraph of that article it is stated that that the elections will be held under the management and supervision of the judicial bodies according to the principles of “free”, “equal”, “secret”, “single stage”, “universal suffrage”, “open counting and inventory”. A similar provision is made in

² DURAN, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Press, İstanbul 1982, p. 144.

³ EROĞLU, Hamza: *İdare Hukuku Dersleri*, Sevinç Press, Ankara 1972, p. 171; ÖRNEK, Acar: *Kamu Yönetimi*, B Publishing House, İstanbul 1988, p. 120.

⁴ Since 1963 municipal mayors in Türkiye have been directly elected by the voters: GÖZÜBÜYÜK, A Şeref and TAN, Turgut: *İdare Hukuku Volume 1 Genel Esaslar*, Updated 5th Edition, Turhan Bookstore, Ankara 2007, p. 279; GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku Volume I*, Updated 3rd Edition, Ekin Publishing House, Bursa 2019, p. 563.

the Law on the Election of Local Administrations, Neighbourhood Headmen and Councils of Aldermen, no.2972.

Local administrators and therefore, municipal mayoral elections, are conducted under judicial management and supervision according to the free, fair, secret, single stage, universal suffrage, and open count and inventory principles. It is useful to briefly mention these principles as they are important at the constitutional level. The principle of a free vote is that the voter uses their vote in an election without exposure to any intervention or pressure and can be described as being able to vote for whichever political party they wish⁵. The principle of a fair vote refers to a single vote for each voter⁶. A secret ballot refers to the vote of each voter not being known by others⁷. The aim of this principle is for the voter to avoid pressure or negative responses because of the choice made in the election⁸. A single-stage election refers to direct, unmediated elections of representatives⁹. Open count and inventory means that the

⁵ According to the Constitutional Court, the principle of free voting is that the voters cast their votes without being subjected to any illegal interference, pressure or influence, and a free election is an election in which votes are cast in this environment. Constitutional Court, E. 2008/33, K. 2008/113, Decision Date 29.05.2008, T. C. Resmi Gazete Date-Number: 05.07.2008-26927.; KARATEPE, Şükrü, *Anayasa Hukuku*, Savaş Publishing House, Ankara 2013, p. 278.

⁶ According to the Constitutional Court, the principle of equal voting means that every vote is considered to be of equal value and requires a fair balance to be established between the votes cast in the electoral districts and the number of members of parliament to be elected. Constitutional Court, E. 2009/88, K. 2011/39, Decision Date 10.02.2011, T. C. Resmi Gazete Date-Number: 18.02.2011-27850.; GÖZLER, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 13th Edition, Ekin Press Publishing Distribution, Bursa 2021, p. 305.

⁷ ANAYURT, Ömer: *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Updated 6th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2023, p. 583-585.

⁸ According to the Constitutional Court, the principle of secret ballot was accepted to ensure that voters have the right to vote of their own free will, without being under any influence or pressure. The purpose of a secret ballot is to keep the voter away from all kinds of environmental influence while voting. Constitutional Court, E. 2008/33, K. 2008/113, Decision Date 29.05.2008, T. C. Resmi Gazete Date-Number: 05.07.2008-26927.

⁹ A single stage election does not mean a single round election. In a single round election, whoever has a simple majority of votes wins the election. In

votes are counted and recorded openly in front of the public. Universal suffrage refers to the right of each citizen to use a vote regardless of conditions such as wealth or gender¹⁰.

However, it must be stated that the principle of universal suffrage does not prevent the introduction of some objective criteria to be able to vote¹¹. The conditions to be able to be a voter are stated in the Constitution and in the Law on Basic Provisions of Elections and Voter Registers no.298. Accordingly, to be able to use the right to vote, an individual must be a Turkish citizen, aged over 18 years, with no restriction or prohibition from public service. However, there can be some conditions determined in legislation that will prohibit an individual with the right to vote from voting on an election day. Article 67 of the Constitution states that privates, non-commissioned officers, and military students in the armed forces, and inmates of penal institutions, except for those convicted of crimes of negligence¹², will not be able to vote. There is a similar provision in Article 7 of the Law on Basic Provisions of

two-stage elections, voters elect delegates and delegates elect representatives. TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 21st Edition, Beta Publishing, İstanbul 2017, p. 339.

¹⁰ TEZİÇ, p. 305.; ANAYURT, p. 569.

¹¹ TANÖR, Bülent and YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12nd Edition, Beta Publishing, İstanbul 2012, p. 218.; KARATEPE, p. 280.

¹² For detailed information about the concept of negligence and crimes of negligence, see: DÖNMEZER, Sulhi and ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Volume II, Revised 10th Edition, Beta Publishing, İstanbul 1994, p. 244 etc.; İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta Publishing, İstanbul 2013, p. 202 etc.; ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Revised and Updated 9th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2013, p. 251 etc.; SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Updated 6th Edition, Yetkin Publications, Ankara 2014, p. 436 etc.; TOROSLU, Nevzat and TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Publishing House, Ankara 2015, p. 216 etc.; KOCA, Mahmut and ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Revised and Updated 6th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2013, p. 180 etc.; ÖZTÜRK, Bahri and ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler, Changes Made 5th Edition, Turhan Bookstore, Ankara 2007, p. 160 etc.; DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Updated 9th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2013, p. 383 etc.

Elections and Voter Registers no.298, but the phrase, “except for those convicted of crimes of negligence” is not included. Therefore, it would be appropriate to include the phrase in Article 7 to expand the right to vote.

The election district for mayoral elections is stated in Articles 3 and 4 of the Law on Basic Provisions of Elections and Voter Registers no.298. Each locality is an election district for a mayoral election¹³. For the election of a metropolitan municipality mayor, the metropolitan municipality borders form the election district.

In respect of the election system and procedures, a majority system is applied in municipal mayoral elections¹⁴. The majority system can be defined as a system in which the candidate who receives the most votes is elected¹⁵. Thus, in mayoral elections in Türkiye, the candidate who receives the most votes in the electoral district wins the election.

At what intervals local administrative elections will be held is stated in both the Constitution and in the Law on the Election of Local Administrations, Neighbourhood Headmen and Councils of Aldermen, no.2972. According to these regulations, mayoral elections are held every 5 years. The starting date for mayoral elections is the 1st January of the fifth year of the election period, and the voting day is the last Sunday in March of the same year. It should be noted that the third paragraph of Article 127 of the Constitution was changed with the Law of Changes to the Constitution no.6771. With this law, the provision was removed that stated that general or by-elections for local government bodies or members of these bodies, which must be held within one year before or after parliamentary general or by-elections, will be held at the same time as parliamentary general or by-elections. Rather than completely removing this provision, it would have been more appropriate to replace “one year” with “six months”. It is a fact that an election not only creates

¹³ SANCAKDAR, Oğuz, US, Eser, KASAPOĞLU TURHAN, Mine, ÖNÜT, Lale Burcu and SEYHAN, Serkan: *İdare Hukuku*, Expanded and Updated 7th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2018, p. 174.; for the definition of the constituency concept, see: TANÖR and YÜZBAŞIOĞLU, p. 221; ANAYURT, p. 635.

¹⁴ ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdare Hukuku Dersleri*, Updated According to The New Sistem 6th Edition, Adalet Publications, Ankara 2018, p. 182.

¹⁵ GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, p. 316.; EREN, Abdurrahman: *Anayasa Hukuku Dersleri*, Updated 3rd Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2021, p. 375.

a severe burden on the economy of a country, but there is also great effort and time expended. Therefore, when there is an interval of six months or less between general and local elections, conducting the elections at the same time would minimise the potentially negative effects in terms of the national economy, the time and effort involved, and the election atmosphere.

The qualifications to be elected as a mayor are stated in Article 9 of the Law on the Election of Local Administrations, Neighbourhood Headmen and Councils of Aldermen, no.2972. Accordingly, for an individual to be elected as a mayor, they must be a Turkish citizen aged over 18 years, and not have any restrictions as stated in Article 11 of the Parliamentary Election Law no.2839. The provisions for who cannot be elected as a Member of Parliament are stated in Article 11. Taking these regulations into consideration, for an individual to be elected as a mayor, they must be a Turkish citizen, aged over 18 years¹⁶, have at least a primary school level of education, not be restricted, have no connection with the military, not be prohibited from public service, and with the exception of crimes of negligence, not have served a prison sentence of a total of 1 year or more, not have been sentenced to severe imprisonment, whatever the period, and not have committed some crimes stated in the law, even if pardoned. It is not mandatory for mayoral candidates to be a member of a political party¹⁷.

The conditions for election as a mayor are the same as those for parliamentary election. The duties of both mayors and members of parliament are extremely important. Therefore, the utmost care should be taken in the determination of the personal characteristics of individuals who will be elected to these positions. The regulations aim to allow these positions to be taken up by individuals who are well equipped, well educated, knowledgeable, broad-minded, visionary, and are aware of and up-to-date with the current world. In this context, it is useful to state that the minimum requirements for election are age and education.

¹⁶ The previous age of 30 years for election as a member of parliament was changed to 25 years with Article of Law no.5552, dated 19.10.2006, and was then reduced to 18 years with Article 8 of Law No.7140, dated 25.04.2018.

¹⁷ AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat and KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Expanded and Updated 17th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2023, p. 326.

Age can be said to be a marker of maturity of people. Therefore, the ability of people to undertake some duties may be dependent on a minimum or maximum age condition¹⁸. For example, people under a certain age cannot be assigned to a civil service posting, or those who have reached a certain age, generally 65 years in Türkiye, are obliged to take retirement. There are age limits in respect of voting and being elected.

There is no worldwide accepted age for voting and being elected, and the age for these varies from country to country. In some countries the voting age and the age at which one can be elected are the same, whereas in some countries the age for being elected can be a little older. In countries with two parliamentary chambers (upper house, senate, etc.), there can be a higher age requirement for election to the upper house than for the lower. There can be said to be a general worldwide tendency to lower the age limits for voting and being elected.

The regulations related to the age at which an individual can be elected, defined in previous and the present Constitution can be summarised as follows: according to the 1876 Legal Base, a candidate had to be 40 years old to be a member of the Upper House (Article 61) and 30 years old to be a member of the Lower House (Article 68). In the Constitutions of 1924 and 1961, the age for election of a member of parliament was defined as 30 years (Article 11, Article 68)¹⁹. In the first version of the 1982 Constitution, the age for election of a member of parliament was defined as 30 years (Article 76). The age limit of 30 years was decreased to 25 years in Article 1 of Law no. 5551, dated 13.10.2006. The age limit of 25 years was reduced to 18 years in Article 3 of the Changes to the Constitution Law no.6771, dated 21.01.2017 (item 76).

¹⁸ ZANOBINI, Guido, *İdare Hukuku*, Cilt I, M. Sadık Kağıtçı Press, İstanbul 1945, p. 93-95.

¹⁹ In the period of the 1924 Constitution, municipal mayors in Türkiye were elected by the municipal council, and in the period of the 1961 Constitution, started to be elected by voters. GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, Renovated 5th Edition, İmaj Publishing, Ankara 2002, p. 432. Before to republic period they became mayors by appointment. DERBİL, Süheyy: *İdare Hukuku*, Cilt I, Recep Ulusoğlu Printing House, Ankara 1940, p. 308.

Thus, it can be seen that in Türkiye at present, an individual aged 18 years can be elected as a mayor. It can be claimed that 18 years is an extremely young age at which to be elected. At this age, an individual has only just finished high school and most probably has not started university. It can also be suggested that at this age an individual does not have sufficient life experience, accumulated knowledge and skills. A municipal mayor is a heavy duty with a great many responsibilities. Just as there are small municipalities in Türkiye with populations of a few thousand, there are also municipalities with populations approaching twenty million. An individual who will administer a municipality with a population of millions will be required to be well equipped with qualifications, skills, accumulated knowledge and experience. Therefore, it would be appropriate to raise the minimum age to 25 or 30 years for candidates to be elected to the position of municipal mayor. For example, it is stated in the Article 2 of the Military Service Law no. 1111 that the military service age will begin in January of the year in which the person will be 20 years old. Thus it is mandatory for a person to be 20 years old to be able to undertake non-officer military service, so it can be said that considering 18 years as sufficient for the position of mayor or member of parliament is a regulation open to criticism.

One of the conditions stated above for election as a mayor is an education level of at least primary school. The academic opportunities have increased significantly in Türkiye and there are now institutions providing extremely high quality education. Türkiye has well educated, well equipped manpower. It would be appropriate to apply more stringent conditions to certain positions to increase the competence, quality, and efficacy of the services provided.

In respect of the election conditions of mayors, new objective criteria can be introduced according to the population of the municipality. For example, the mayoral election conditions can be weighted proportional to the population. Different standards can be introduced for mayoral candidates of small places with a population of a few thousand and for the candidates of large cities with a population of millions. In this sense, to be able to be a candidate for the position of metropolitan municipal mayor there could be additional conditions to those defined in law, such as having completed at least 4 years of higher education, having worked for at least 5 years in the public and/or private sector, and being aged at least 30 years. For municipal mayor candidates where the population does not exceed 10,000, a minimum age of 25 years and

having finished high school could be introduced as additional conditions to those defined in law.

Finally in this section, it is useful to mention the mayoral candidacy of public officials. In the Law on the Election of Local Administrations, Neighbourhood Headmen and Councils of Aldermen, no.2972, which regulates the principles and practices related to the election of local administrative bodies, there is no provision related to resignation from public office to be able to be a mayoral candidate. However, it is stated in Article 17 of that law that it is not mandatory to resign from duties to be able to be a candidate for election as a member of parliament, municipal mayor, member of a provincial council or city council, or a neighbourhood headman. In Supplementary Article 3 of the same law, it is stated that with the exception of some public officials, if an individual resigns from the civil service and is elected mayor or cannot be a candidate again or re-elected, when an application is made to the directorate to which the previous institution is bound within 2 months of the announcement of the election results, the individual can be re-assigned to their previous duties or to a position equivalent to the nature and characteristics of the institution from which they resigned. It is also stated in Article 36 of the same law that when there are no specific provisions in this law, provisions will be applied that do not contradict the Law on Basic Provisions of Elections and Voter Registers no.298, the Political Parties Law no. 2820 and the Parliamentary Election Law no. 2839. In Article 18 of Parliamentary Election Law no. 2839, it is stated that public officials cannot be candidates unless they resign from duty one month before the start of the elections. Therefore, public officials who wish to be a mayoral candidate must resign from duty. Thus the provision in the above-mentioned Article 17 that resignation is not required to be a candidate for election as a member of parliament, municipal mayor, member of a provincial council or city council, or a neighbourhood headman is contrary to the principle of equality. Just as for public officials, it would be appropriate especially for members of parliament and mayors to resign from duty when they are candidates in mayoral elections.

Candidates in elections must compete on equal terms. The public duties of some candidates with positions such as mayor or member of parliament create an advantageous environment over other candidates. There is also the possibility that candidates with the authority to use public power will use this personally in elections. Therefore, resignation

from duty should be stated in law when mayors and members of parliament are candidates in mayoral elections. Thus, the principle of equality would be met and rumours or the possibility of using public opportunities for subjective outcomes in elections would be prevented.

III. TERMINATION OF MUNICIPAL MAYORALTY

The conditions for the termination of the office of mayor are stated in Article 44 of the Municipality Law no. 5393. According to this article, mayoralty can be terminated in two ways. The first is that the mayor himself terminates the office and the second is that the position of mayor is terminated with the decision of judicial bodies in conditions listed in law. However, the termination of mayoral duties is not limited to the conditions listed in Article 44. This subject will be addressed later.

For the termination of mayoralty by the mayor himself, there are two conditions. The first is that the mayor is deceased. In this case, the municipal council is called to a meeting by the Governor within 10 days. Under the leadership of the deputy mayor, or when not available the second deputy mayor, or in his absence, the oldest council member, the municipal council meets to select a chairman.

The second situation for self-termination of the mayoralty is that the mayor resigns from the position. Resignation or withdrawal is explained as a unilateral decision²⁰, and is not dependent on the acceptance of any authority. When a mayor resigns, the mayoral duty automatically ends. Just as mayoral candidacy is a right, so resignation from the position of mayor is also a right. It is stated in Article 18 of the Constitution that this cannot be attempted to be forced by anybody. Again, in Article 48 of the Constitution, freedom to work is guaranteed by stating that everyone has the freedom to work in the field they wish. Freedom to work is defined as the freedom of everyone to work in the profession they wish and cannot be forced to do so²¹. Therefore, a person who no longer wishes to undertake the duty of mayor has the freedom and right to be able to terminate mayoral duty with their own

²⁰ GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev and AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, Revised 2nd Edition, Der Publications, İstanbul 2006, p. 677.

²¹ Constitutional Court, E. 2016/141, K. 2018/27, Decision Date 28.02.2018, T. C. Resmi Gazete Date-Number: 29.03.2018-3037.

unilateral statement. When a mayor resigns, the municipal council is called to a meeting by the Governor within 10 days. Under the leadership of the deputy mayor, or when not available the second deputy mayor, or in his absence, the oldest council member, the municipal council meets to select a chairman.

Termination of mayoralty with the decision of a judicial body can be applied when some conditions are met as stated in Article 44 of the Municipality Law no.5393. The first of these conditions stated in the article is that the mayor has abandoned the position without explanation for a continuous period of 20 days and this is defined by the local civil administration authority. This provision is similar in part to the provision in the Civil Servants Law no. 657. Article 125 of this law, which determines the types of disciplinary penalties and the acts and situations for which punishment will be imposed, states that a civil servant who does not undertake duty for a total of twenty days in a year without explanation will be punished with dismissal from public service. The difference between the two regulations is in the form of the absence from duty. Thus, for the process of termination of mayoral duty to be initiated there must be an absence without explanation of more than 20 days continuously, whereas for a disciplinary investigation of a civil servant, there must be absence without explanation of a total of 20 days in a year. Therefore it can be said that the principle of equality is not fulfilled.

Moreover, there can be said to be a deficiency on this subject in the Municipality Law no.5393. There is no regulation stating within a total of how many days the duties of a mayor can be terminated when there is absence of several days at different times and not continuously. Therefore, it would be appropriate for a provision to be made in Article 44 of the Municipality Law no. 5393 related to the termination of the mayoral position for absence of how many days per year in total when there is piecemeal absence from duty without explanation of less than a continuous period of 20 days.

The second condition when the mayoralty can be terminated with judicial decision is the loss of eligibility for election. The conditions to be eligible to be a mayor are not limited to being a Turkish citizen aged over 18 years with an education level of at least primary school, but also include not being restricted, having no connection with the military, not being prohibited from public service, and with the exception of crimes of negligence, not having served a prison sentence of a total of 1 year or more, not having been sentenced to severe imprisonment, whatever the

period, and not having committed some crimes stated in the law. These conditions are valid both when a mayoral candidate and throughout the period of office. When these conditions are lost or have been found to not be fulfilled, the mayoralty will be terminated with a judicial decision. For example, if it emerges that a mayor did not finish primary school, the office is terminated with a judicial decision. Or if it emerges during the period of office that the mayor is restricted for reasons such as mental health disease or deficiencies, extravagance, alcohol or substance dependence, or other poor lifestyle choices²², the office must be terminated with a judicial decision. Or if the mayor during the period of office is sentenced to imprisonment, even if less than one year, or to longer term imprisonment, the position of mayor will be terminated.

A third reason for the termination of the position of mayor is the documentation of a disability or disabling disease by an authorised healthcare institution during the term of office. An individual in the position of mayor may become disabled or contract a disease that will prevent the person from working. When the disease or disability is determined to be of a severity to prevent fulfillment of mayoral duty with an authorised healthcare institution report, the mayoralty can be terminated with a judicial report.

The last of the conditions in which the mayoralty may be terminated by a judicial decision is that the mayor participated in the actions and processes causing the termination of the municipal council. The elections for the mayor and municipal council are held separately. Therefore, the termination of the municipal council cannot automatically terminate the position of mayor²³.

In Article 30 of the Municipality Law no.5393, a municipal council can be abolished for two reasons. The first is neglect within the period of duty of the municipal council resulting in interruptions or delays in the work of the municipality. The municipal council is the decision-making body of the municipality and as such has significant duties and authority, stated in 20 subclauses of Article 18 of the said law. A second reason for abolition of the municipal council is decisions taken by the council on political issues not relevant to the duties of the

²² The reasons for restrictions are regulated in Article 405 and subsequent articles of Turkish Civil Law no. 4721.

²³ AKYILMAZ,SEZGİNER and KAYA, p. 329.

municipality. If one of these reasons occurs, the municipal council is dissolved by the decision of the Council of State upon notification to the Ministry of Internal Affairs. However, the office of the mayor can be terminated in other conditions.

The elections of local administrations are held every five years. Therefore at the end of this 5-year period, the mayoralty will be terminated. When a decision is made about incompetence of the mayor, again the mayoralty will be terminated²⁴. In Article 26 of the Municipality Law no. 5393, the decision of incompetence of a mayor can be taken in two forms. The first is that the decision of incompetence is made related to an activity report and the second is that it is made as the result of a motion of no confidence. The procedure for a decision of incompetence related to an activity report is as follows: if the explanations of the activity report of the previous year presented to the council by the mayor are not seen to be sufficient by a three-quarter majority of the full number of council members, the minutes covering the discussions with the decision of incompetence are sent to the local civil administrative authority by the deputy chairman of the council. The Governor sends the file to the Council of State with a reasoned opinion. If the decision of incompetence is agreed by the Council of State, the mayor is removed from office. The procedure for a decision of incompetence as a result of a motion of no confidence is as follows: a motion of no confidence in the mayor can be given with the signatures of at least one-third of the total number of council members. The motion of no confidence is put on the agenda with the vote of the absolute majority of the full number of council members and cannot be discussed until 3 full days have passed. When the decision of incompetence of the mayor is made by a three-quarter majority of the full number of council members, the minutes covering the discussions with the decision of incompetence are sent to the local civil administrative authority by the deputy chairman of the council. The Governor sends the file to the Council of State with a reasoned opinion, and if the decision of incompetence is agreed by the Council of State, the mayor is removed from office.

That the resolution of claims related to the gaining of a position of authority of elected bodies of local administrations and the supervision

²⁴ ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdare Hukuku Ders Notları, 2nd Grade Program Duplicating, 72 Duplicator Typewriter Photocopy, Ankara 1982, p. 214.

of their loss will be through judicial means is an appropriate regulation constitutionally guaranteed. However, that local administrative bodies or members of these bodies who are investigated or prosecuted for crimes related to their duties can be removed from duty by the Minister of Internal Affairs for an indefinite period until a definitive decision is made, is a regulation open to criticism. As the Minister of Internal Affairs has the discretionary authority to decide on removal²⁵, there is the possibility that this power may be used for political motives rather than for the public interest. Therefore, it would be more appropriate for this authority to be given to neutral judicial bodies.

The procedures to be followed in the event of a vacant mayoral position are defined in Article 44 of the Municipality Law no.5393. When there is a vacant mayoral position for any reason, the municipal council is called to a meeting by the Governor within 10 days. Under the leadership of the deputy mayor, or when not available the second deputy mayor, or in his absence, the oldest council member, the municipal council meets to select a chairman when the mayoral office becomes vacant or there is a punishment of prohibition from public service beyond the election period.

If there is a long time to the election when there is a vacancy because of the death, resignation, or conviction of the mayor, it would be more appropriate for the mayor to be elected directly by the voters. When a mayor is suspended from duty, arrested, or prohibited from public service for a period that will not extend beyond the normal election time, the deputy mayor is selected. However, if a mayor is suspended or arrested, or prohibited from public service because of terrorist crimes or aiding and abetting terrorist organisations, a new mayor is appointed by the Minister of Internal Affairs in metropolitan and provincial municipalities, and by the governor in other municipalities. The person to be assigned as mayor by these authorities must be eligible to be elected as mayor.

IV. CONCLUSION

In the Constitution, the Law on the Election of Local Administrations, Neighbourhood Headmen and Councils of Aldermen

²⁵ ULUSOY, Ali D: Türk İdare Hukuku, Revised 6th Edition, Yetkin Publications, Ankara 2023, p. 249.

no.2972, and the Law on the Basic Provisions of Elections and Electoral Rolls no.298, it is stated that elections will be conducted according to the principles of free, equal, secret, single-stage, universal suffrage, and open counting and inventory.

Of these principles, it can be said that the principle of universal suffrage is not dependent on any condition of the right of citizens to be able to use their vote. However, this principle does not mean that all citizens without exception will be able to use their vote as they wish. There are some objective criteria related to being able to vote and being able to use the vote on election day. In both the Constitution and the Law on the Basic Provisions of Elections and Electoral Rolls no.298, some objective criteria are defined.

However, there is a difference between Article 67 of the Constitution and Article 7 of the Law on the Basic Provisions of Elections and Electoral Rolls no.298, which define those who cannot use their vote on election day. In Article 67 of the Constitution, it is stated that except for those convicted of crimes of negligence, prisoners in penal institutions cannot vote, whereas in Article 7 of the Law on the Basic Provisions of Elections and Electoral Rolls no.298, all prisoners are excluded from voting. Therefore, it would be appropriate to add a statement to the third subclause of Article 7 related to the exception of those convicted of crimes of negligence.

In both Article 127 of the Constitution and Article 8 of the Law on the Election of Local Administrations, Neighbourhood Headmen and Councils of Aldermen no.2972, it is stated that local administration elections are held every 5 years. The second sentence of the third paragraph of Article 127 of the Constitution was removed with the Law of Changes to the Constitution no.6771. Before this change that local administration elections were to be made within one year before or after parliamentary elections, they had to be held at the same time. Rather than completely removing this sentence, it would have been more appropriate to replace "one year" with "six months". As it can be said that each election places a substantial burden on the economy of the country, an interval of six months or shorter between parliamentary and local elections would be beneficial for the economy of the country, and in terms of the time and effort expended, and would minimise the potentially negative effects of the election atmosphere. It would therefore be appropriate to include a provision in the Constitution that mayoral elections should be held together with parliamentary elections.

The conditions to be elected as a mayor and to be elected as a member of parliament are the same in Türkiye. Both of these positions are extremely important. Therefore, in the determination of the qualities of the person who will take up these positions it would be appropriate for the regulations to allow the opportunity to a person who is well equipped, well educated, knowledgeable, broad-minded, visionary, and is aware of and up-to-date with the current world.

Thus it would be rational to make some changes to the age and education requirements for election. According to the current regulations in Türkiye, an 18-year-old can be elected as a municipal mayor. It can be said that 18 years is an extremely young age at which to be elected mayor. It can also be suggested that at this age an individual does not have sufficient life experience, or accumulated knowledge and skills. A municipal mayor is a heavy duty with a great many responsibilities. Just as there are small municipalities in Türkiye, there are also municipalities with populations of millions. An individual who will administer a municipality with a population of millions will be required to be well equipped with qualifications, skills, accumulated knowledge and experience. Therefore, it would be appropriate to raise the minimum age to 25 or 30 years for candidates to be elected to the position of municipal mayor. As the education opportunities in Türkiye have increased significantly, the condition of further education should be introduced for those who are going to undertake significant duties such as member of parliament or mayor. Generally, mayoral election conditions are weighted in direct proportion to the population. In other words, there can be different conditions for mayoral candidates in a locality with a population of several thousand and for mayoral candidates in large cities with a population of millions.

Every citizen who is eligible for election according to the conditions defined in law can be a mayoral candidate from a political party list or independently. Public officials who wish to be a mayoral candidate have to resign from their duties. However, in Article 17 of the Law on the Election of Local Administrations, Neighbourhood Headmen and Councils of Aldermen, no.2972, it is stated that it is not mandatory to resign from duties to be able to be a candidate for election as a member of parliament or mayor in local elections. This provision is contrary to the constitutional principle of equality. Therefore it would be appropriate to state in the legislation that members of parliament and mayors, in the same way as for public officials, have to resign from their duties to be

able to be candidates in mayoral elections. Otherwise, the positions or titles such as member of parliament or mayor of some candidates would create an advantage over other candidates against whom they are competing in the election. There is also the possibility that candidates with the authority to use public power would use that for personal outcomes in the election, so it should be stated in law that those with the authority to use public power should resign from their duties when they are candidates in mayoral elections. This would both meet the constitutional principle of equality and avoid rumours or the possibility of being able to use public opportunities for personal outcomes in elections.

Conditions for terminating the office of municipal mayor are regulated in the Municipality Law no. 5393. One of these conditions is that the mayor has abandoned the position without explanation for a continuous period of 20 days and there is a similar regulation in the Civil Servants Law no. 657. Article 125 of this law, states that a civil servant who is absent from duty for a total of twenty days in a year without explanation will be punished with dismissal from public service. Thus, for the termination of mayoral duty there must be an absence without explanation of more than 20 days continuously, whereas for a civil servant, absence without explanation of a total of 20 days in a year is sufficient. This is contrary to the principle of equality. In Article 44 of the Municipality Law no. 5393 there is no regulation related to the termination of the mayoral position for absence of how many days per year in total when there is piecemeal absence from duty but not continuous. It would therefore be appropriate to include a provision in this article stating when the mayoralty can be terminated after a total of how many days absence in a year when it is less than 20 days continuously. The case of “deemed to have resigned”, which is exemplified in the Civil Servants Law No. 657, could also be added to this article. In this sense, it would be appropriate to add a provision to the article that a mayor who is absent from duty for ten days continuously without explanation will be deemed to have resigned.

In Article 127, it is stated that there will be judicial oversight on the subject of resolution of claims of gains and losses of the position of authority of elected bodies of local administrations. It is also stated in the same article that local administrative bodies or members of these bodies who are investigated or prosecuted for crimes related to their duties can be removed from duty by the Minister of Internal Affairs for an indefinite period until a definitive decision is made. This provision is also included

in a parallel regulation in Article 47 of the Municipality law no.5393. However, there is no regulation related to the period of suspension from duty. It is only stated in the second paragraph of Article 47 that the decision for suspension from duty will be reviewed every two months and will be revoked if the decision is not found to be in the public interest. It would be appropriate to make some changes to both Article 127 of the Constitution and to Article 47 of the Municipality Law no. 5393. In this framework, first it could be stated in the Constitution how long the maximum period of suspension from duty could be. However, there may be the question of the probability that an investigation or prosecution could continue for a long period. In such situations, suspension from duty becomes de facto dismissal.

Secondly, it would be appropriate to transfer the authority for removal from office from the Minister of Internal Affairs to the judicial body. Such a regulation would conform to the principle that the resolution of claims and losses of the positions of elected bodies of local administrations should be conducted by the judiciary. Moreover, giving the power of dismissal to the Council of State could protect the political administration from the criticism that more often the decision has been taken to remove mayors from opposition parties.

REFERENCES

- AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat and KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku [Turkish Law of Administration], Expanded and Updated 17th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2023.
- ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım [Constitutional Law General Part], Updated 6th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2023.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku [Administrative Law], 3rd Edition Turhan Bookstore Publishes, Ankara 2012.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri [Administrative Law Courses], Updated According to The New Sistem 6th Edition, Adalet Publications, Ankara 2018.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler [Criminal Law General Provisions], Updated 9th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2013.
- DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku [Administrative Law], Volume I, Recep Ulusoglu Printing House, Ankara 1940.
- DÖNMEZER, Sulhi and ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım [Theoretical and Practical Criminal Law General Part], Volume II, Revised 10th Edition, Beta Publishing, İstanbul 1994.
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları [Administrative Law Lecture Notes], Fakülter Press, İstanbul 1982.
- EREN, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri [Constitutional Law Courses], Updated 3rd Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2021.
- EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku Dersleri [Administrative Law Courses], Sevinç Press, Ankara 1972.
- GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev and AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku [Administrative Law], Revised 2nd Edition, Der Publications, İstanbul 2006.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt I [Administrative Law Volume I], Updated 3rd Edition, Ekin Publishing House, Bursa 2019.

- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları [General Principles of Constitutional Law], 13th Edition, Ekin Press Publishing Distribution, Bursa 2021.
- GÖZÜBÜYÜK, A Şeref and TAN, Turgut: İdare Hukuku 1. Cilt Genel Esaslar [Administrative Law Volume 1 General Principles], Updated 5th Edition, Turhan Bookstore, Ankara 2007.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku [Administrative Law], Renovated 5th Edition, İmaj Publishing, Ankara 2002.
- İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler II [Criminal Law General Provisions II], Beta Publishing, İstanbul 2013.
- KARATEPE, Şükrü: Anayasa Hukuku [Constitutional Law], Savaş Publishing House, Ankara 2013.
- KOCA, Mahmut and ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler [Criminal Law General Provisions], Revised and Updated 6th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2013.
- OSTEN, Necmi: İdare Hukuku Dersleri [Administrative Law Courses], Başnur Press, Ankara 1968.
- ÖRNEK, Acar: Kamu Yönetimi [Public Administration], B Publishing House, İstanbul 1988.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler [Criminal Law General Provisions], Revised and Updated 9th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2013.
- ÖZTÜRK, Bahri and ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler [Criminal Law General Provisions and Special Provisions], Changes Made 5th Edition, Turhan Bookstore, Ankara 2007.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdare Hukuku Ders Notları [Administrative Law Lecture Notes], 2nd Grade Program Duplicating, 72 Duplicator Typewriter Photocopy, Ankara 1982.
- SANCAKDAR, Oğuz, US, Eser, KASAPOĞLU TURHAN, Mine, ÖNÜT, Lale Burcu and SEYHAN, Serkan: İdare Hukuku [Administrative Law], Expanded and Updated 7th Edition, Seçkin Publishing, Ankara 2018.

Adil BUCAKTEPE

SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler [Criminal Law General Provisions], Updated 6th Edition, Yetkin Publications, Ankara 2014.

TANÖR, Bülent and YÜZBAŞIOğLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku [Turkish Constitutional Law According to the 1982 Constitution], 12nd Edition, Beta Publishing, İstanbul 2012.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku [Constitutional Law], 21st Edition, Beta Publishing, İstanbul 2017.

TOROSLU, Nevzat and TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım [Criminal Law General Part], Savaş Publishing House , Ankara 2015.

ULUSOY, Ali D.: Türk İdare Hukuku [Turkish Law of Administration], Revised 6th Edition, Yetkin Publications, Ankara 2023.

ZANOBINI, Guido: İdare Hukuku [Administrative Law], Volume I, M. Sadık Kağıtçı Press, İstanbul 1945.

An Evaluation of the Regulations Regarding the Election of Mayors And The Termination
of Their Duties

CEZA HUKUKUNDA OLASI KAST VE BİLİNÇLİ TAKSİRİN TRAFİK KAZALARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Faruk Y. TURİNAY*

ÖZ

Bu çalışmada, öncelikle failin kusurunun ceza hukuku açısından dereceleri, trafik kazası kavramı ile kusurun basit taksirin üzerinde olduğu haller olarak bilinçli taksir ve olası kast kavramları çalışmanın çerçevesiyle sınırlı olarak ele alınmıştır. Ayrıca bilinçli taksir ve olası kast için ortak olarak geçerli sayılabilecek fail dışındaki kişilerin kusurlarının failin kusuruna ve diğer unsurlara etkisi ile dışsal koşulların etkisine ilişkin genel tespitlerde bulunulmuştur. Ardından, trafik kazalarında bilinçli taksir bakımından değerlendirilebilecek kıstaslar olarak neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin güven, trafik kurallarına aykırılığın etkisi ve dışsal koşulların etkisi Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir. Çalışmanın son bölümünde ise olası kast ile bilinçli taksir ayrımının genel yapısı ve trafik kazalarının bu ayrım bakımından önemi, Yargıtay içtihatlarının eğilimi, trafik kazalarında olası kast açısından dikkate alınacak kıstaslar olarak neticeye karşı kayıtsızlık ya da neticeyi kabullenmek, trafik kurallarına aykırılığın etkisi ve dışsal koşulların etkisi değerlendirilmiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: faruk.turinay@kocaeli.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2427-2062.
Makalenin Gönderim Tarihi : 21.01.2024.
Makalenin Kabul Tarihi : 25.05.2024.

Anahtar Kelimeler: Trafik kazası, taksir, kast, olası kast, bilinçli taksir.

A STUDY ON THE EVALUATION OF PROBABLE INTENT AND CONSCIOUS NEGLIGENCE IN CRIMINAL LAW IN TERMS OF TRAFFIC COLLISIONS

ABSTRACT

In this study, first of all, the degrees of the perpetrator's fault in terms of criminal law, the concept of traffic collision, and the concepts of conscious negligence and possible intent, as cases where the fault is above simple negligence, are discussed within the framework of the study. In addition, general determinations have been made regarding the effect of the faults of people other than the perpetrator on the fault of the perpetrator and other elements, as well as the effect of external conditions, which can be considered common for conscious negligence and possible intent. Then, the criteria that can be evaluated in terms of conscious negligence in traffic collisions, confidence that the result will not occur, the effect of violation of traffic rules and the effect of external conditions were examined in the light of the Court of Cassation decisions. In the last part of the study, the general structure of the distinction between possible intent and conscious negligence and the importance of traffic collisions in terms of this distinction, the tendency of the Court of Cassation jurisprudence, indifference to the result or acceptance of the result, the effect of violation of traffic rules and the effect of external conditions as the criteria to be taken into account in terms of possible intent in traffic collisions are evaluated.

Keywords: Traffic collision, negligence, intent, probable intent, conscious negligence.

I. GİRİŞ

Trafik kazaları ve bu kazaların yol açtığı sonuçlar toplumsal ve ekonomik bir sorun olduğu gibi hukukun ve özellikle ceza hukukunun önemli uygulama alanlarından biridir. Trafik kazalarına ilişkin yapılan araştırmalar bu kazaların oluşumunda insan unsuruna bağlı etmenlerin çok büyük bir rol oynadığını göstermektedir.

Bir trafik kazasının sonucunda kanunların suç olarak tanımladığı fiillere dâhil olan ölüm ya da yaralanma gibi neticelerden biri meydana geldiğinde başta araç sürücüsü olmak üzere bireylerin ceza hukuku

sorumluluğu oluşabilmektedir. Kusursuz ceza olmaz (*nullum crimen sine culpa*) ilkesi gereğince, söz konusu neticelerden dolayı cezai sorumluluğun oluşması için failin davranışının kusurlu olması gerekir. Bilindiği üzere, maddi ceza hukukunda kusurun dereceleri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile tarif edilen, basit taksirden doğrudan kast kadar farklı ağırlıkta sorumluluk düzeylerine tekabül etmektedir.

Ceza hukukunda failin davranışının kusurlu olup olmadığının incelendiği suçun manevi unsuru kapsamında ele alınan ve her ikisi de neticenin öngörülmüş olmasını gerektiren olası kast ve bilinçli taksirin, trafik kazaları bakımından özellikle önem taşıdığı söylenebilir. Ulaşım imkânlarının ve fiziki hareketliliğin çok büyük bir boyuta ulaştığı günümüzün modern yaşamında trafik kazalarının sayısının ve bu kazalar sonucunda oluşan ölüm ve yaralanma başta olmak üzere olumsuz sonuçlar arttığı gibi, araç ve yol donanımı ile diğer teknik koşullardaki ilerlemenin etkisiyle sürücülerin muhtemel neticeleri öngörme imkânının da bir ölçüde arttığı ileri sürülebilir.

Öte yandan, olası kast ve bilinçli taksir, maddi ceza hukukunda birbirine oldukça yakın sorumluluk düzeyleri olup hukuki mahiyetleri de tartışmalıdır. Bu bakımdan, çok çeşitli gerçekleşme biçimlerine sahip olan trafik kazaları, olası kast ve bilinçli taksirin teorik boyutlarının aydınlatılması bakımından da yararlı olabilecek bir uygulama alanı olarak görünmektedir. Ayrıca, trafik kazaları sonucunda oluşabilecek cezai sorumluluğun düzeyi ve bu hallerde olası kast veya bilinçli taksir sorumluluğunun tespiti için, yargı kararlarının ışığında mevcut ölçütlerin değerlendirilmesinin yanı sıra dikkate alınabilecek farklı ölçütlerin ortaya konulması mümkündür.

II. FAİLİN KUSURUNUN BASİT TAKSİR DÜZEYİNİN ÜZERİNDE OLMASI

A. Genel Olarak

Taksir, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir” (m. 22/2). Kast haline kıyasla toplumsal düzeye daha az düzeyde bir kayıtsızlık teşkil eden taksir için gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ya da tedbirsizlik, bu bağlamda, failin davranışı ve neticeden kaynaklanan sorumluluğu üzerinde etkili olan psikolojik unsur anlamında

kusur (*culpabilité*) kapsamında değerlendirilir¹. Bu husus, 5237 sayılı Kanun'da da açıkça belirtilmiş olup “taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin *kusuruna* göre belirlenir” (TCK m. 22/4). Suç genel teorisine göre taksirin unsurları, fiilin taksirle işlenebilirliği, hareketin iradiliği, neticenin iradi olmaması, hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması, neticenin öngörülebilir olmasının² yanı sıra fiilin kanuna göre taksirle işlenebilirliğinden ayrı bir unsur olarak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır³.

Kast ile taksirin mahiyet olarak birbirinden temelde farklı olup kasten işlenen eylemin amaçsal (“gai”) ve varlıksal (“ontik”) mahiyetteyken, taksirde “objektif özen yükümlülüğünün ihlal” edilmesi şeklinde bir değerlendirme unsurunun yer aldığı kabul edilebilir⁴. Ne var ki, amaçsal nitelikte olmayan olası kast ile bilinçli taksir arasında temelde büyük bir farklılık olduğunu söylemek güçtür. Hatta, terminolojik açıdan, manevi unsurun temel iki hali olan kast ve taksir ayrımının dahi bir ölçüde tartışmalı olduğu söylenebilir. Şöyle ki, kast (“*intention*”, “*dol*”) ile taksir (“*faute*”) ayrımının, Fransız kanun koyucu tarafından net biçimde ortaya konulmadığı; eski ve yeni mevzuatta daha ziyade, “tasarlama”, bilerek”, “hileli biçimde”, “kasıtlı olarak”, “isteyerek”, “beceriksizlik”, “dikkatsizlikle”, “ihmalkârlıkla”, “hüner ve ihtiyat eksikliğiyle” (Fransız CK m. 320) gibi terimlerin tercih edildiği vurgulanmaktadır⁵. Ayrıca doktrinde taksir anlamında kullanılan “*faute*” teriminin, bazı yazarlarca daha genel bir anlamda, hem kastı (“*faute intentionnelle*”) hem de taksiri (“*faute non intentionnelle*”) kapsayacak

¹ MAYAUD, Yves, *Droit pénal général*, 4e édition, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2013, s. 251.

² DÖNMEZER Sulhi – ERMAN, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 510.

³ İÇEL, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 457.

⁴ ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 234.

⁵ BOULOC, Bernard, *Droit pénal général*, 24e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2015, s. 241. Söz konusu terimler için kullanılan özgün ifadeler şu şekildedir: Kasta tekabül edecek biçimde, “tasarlama” (*préméditation*), bilerek” (*scimment*), “hileli biçimde” (*frauduleusement*), “kasıtlı olarak” (*à dessein*), “isteyerek” (*volontairement*); keza taksir haline tekabül edecek biçimde , “beceriksizlik” (*maladresse*), “dikkatsizlikle” (*d'imprudence*), “ihmalkârlıkla” (*de négligence*), “hüner/tecrübe ve ihtiyat eksikliğiyle” (*de défaut d'adresse ou de précaution*). BOULOC, s. 241.

biçimde “kusur” anlamında kullanıldığına da rastlanmaktadır⁶. Öte yandan, Anglosakson hukukunda ceza sorumluluğu için kastın (*intent*) temel olduğunu gösteren “*actus non facit reum nisi mens sit rea*” (zihin kusurlu olmadıkça fiil de kusurlu olmaz) ilkesi geçerli olup kasta dayanmayan cezai sorumluluk oldukça istisnai olsa da Amerikan Model Ceza Kanunu’nda (*The Model Penal Code*) kusur derecesi olarak ağırdan hafife doğru “mahsus, maksatlı” (*purposeful*), “bilerek” (*knowing*), “kayıtsızlıkla” (*reckless*) ve özensizlik/ihtiyatsızlıkla (*negligent*) şeklinde dört ayrı manevi unsur halinin tanımlandığı görülmektedir⁷. Bu hususlar, manevi unsur kapsamındaki farklı sorumluluk düzeylerinin arasındaki yakınlığın ya da geçişkenliğin göstergesi sayılabilir.

Diğer yandan, manevi unsur hallerinde net bir ayırım yapmayı amaçlayan 5237 sayılı Kanun’da kastın daha hafif türü (olası kast) ile taksirin daha ağır türünün (bilinçli taksir), öngörölmüş olması söz konusu manevi unsur hallerinin, kusurun yapısı ve ağırlığı itibarıyla belli ölçüde ortak yönler sahip olduğunun göstergesidir. Nitekim bilinçli taksirde, basit taksirden dolayı öngörülen ceza artırılmakta (TCK m. 22/3), olası kastta ise ceza ancak en ağır manevi unsur hali olan kasta göre azaltılarak belirlenmekte (TCK m. 21/2) olduğundan bilinçli taksir ile olası kastın, yalnız ceza sorumluluğunun düzeyi bakımından dahi birbirine nispeten yakın olduğu aşikârdır. Üstelik yaptırım ve tanımlardaki farklılıkların ötesinde, doktrinde bilinçli taksiri kast kapsamında değerlendiren görüşler olduğu gibi, kast ve taksir haricinde “üçüncü bir kusurluluk şekli” olarak gören yazarlar da bulunmaktadır⁸. Hatta geçmişte bazı Orta Çağ hukukçularının Roma hukukuna dayanan bir tasnife istinaden taksiri, neticenin herkesçe öngörülebildiği “ağır taksir” (*culpa lata*), dikkatli kişilerce öngörülebildiği “hafif taksir” (*culpa levis*) ve ancak çok yüksek dikkate sahip kişilerce öngörülebildiği “pek hafif taksir” (*culpa levissima*) şeklinde üç ayrı düzeyde değerlendirdiği bilinmektedir⁹. O halde, somut olayın koşullarına bağlı olarak bazı hallerde belirsizlikle malul olan kast ile taksirin ayırt edilmesi bakımından, söz konusu suçta

⁶ PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, 18e édition, Éditions Cujas, Paris, 2010, s. 402 vd.

⁷ HALL, Daniel E., *Criminal Law and Procedure*, 4th edition, Thomson/Delmar Learning, New York, 2004, s. 50-51, s. 62 vd.

⁸ KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 233 vd.

⁹ DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, 429.

hangi manevi unsur halinin mevcut olduğunu ve failin kusurunun ağırlık düzeyini belirlemenin kaçınılmaz olarak ceza mahkemesinin görevi olduğu açıktır¹⁰. Bu durumda, doğrudan kast hali bir kenara bırakılırsa, trafik kazalarında söz konusu olabilecek manevi unsur kapsamındaki sorumluluk düzeylerine, daha genel bir bakışla, “failin kusurunun basit taksirin üzerinde olduğu haller” çerçevesinde bakmak mümkündür.

Failin kusurunun ya da manevi unsur sorumluluğunun basit taksirin üzerinde olduğu hallerin hem manevi unsur sorumluluğu düzeyleri, hem de olayların yapısı bakımından arz ettiği çeşitlilik, kusur ve orantılılık ilkeleri bakımından da ele alınabilir. Ceza hukukunda kusur prensibi, failin ancak fiilinden dolayı kınanabilmesi halinde cezalandırılmasının yanı sıra cezanın failin kusuruyla orantılı olmasını da gerektirir¹¹. Belli bir olayda fiil ile yaptırımın orantılı olmasının sağlanması için Kanun’da bilinçli taksir ve olası kast hallerinin tanınması ve bunlara göre yaptırımın belirlenmesi dışında, suçun cezasının alt ve üst sınırları arasında ölçülü bir ceza tayini de bir imkân sağlamaktadır. Örneğin, taksirin mevcut olduğu durumlarda suçun ağırlığı ile ceza arasındaki orantının, ceza belirlenirken üst sınıra yaklaşımları suretiyle de korunabileceği ileri sürülebilir¹². Kuşkusuz, bu yöntemin, orantılılığın sağlanması için tek başına kullanılması, örneğin “basit taksir” gibi belirli, özellikli bir manevi unsur halinin tespitine istinaden söz olabilir. Trafik kazaları da dâhil olmak üzere çeşitli olaylarda bilinçli taksir ya da olası kastla işlendiği anlaşılan fiiller söz konusu olduğunda, manevi unsur açısından sorumluluğun “ağırlığının” yanı sıra statüsünün/türünün belirlenmesi de suç ile ceza arasındaki orantının sağlanmasında kendine özgü önemini korumaktadır.

B. “Trafik Kazası”, “Olası Kast” ve “Bilinçli Taksir” Kavramları

Trafik kazaları, gerek doktrinde konuya ilişkin genel açıklamalarda verilen örneklerin içeriğinden, gerekse Yargıtay’ın çok sayıda kararından anlaşıldığı üzere, olası kast ve özellikle bilinçli taksir hallerinin en yaygın görüldüğü olay türlerinden biri olarak ceza hukuku

¹⁰ BOULOC, 241-242.

¹¹ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 89.

¹² YENERER ÇAKMUT, Özlem – ÇAKMUT, Alp, “Taksir Kavramı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 76, Sayı: 2, 2002, ss. 424-454, s. 437.

açısından kayda değer bir uygulama alanıdır¹³. Öte yandan, ulaşım faaliyetinin yüzde 90'ının üzerinde karayolu ile gerçekleştirildiği ve önemli ölüm sebepleri arasında yer aldığı Türkiye'de trafik kazaları, aynı zamanda halk sağlığı ve ekonomi gibi alanlar bakımından önemli bir toplumsal sorundur¹⁴. Teknolojideki ve toplumsal karmaşıklık düzeyindeki ilerlemelerin yeni riskleri bünyesinde barındırması, ceza hukuku açısından, özellikle doğrudan kastla işlenmeyen suçların önemini artırmaktadır¹⁵.

Trafik kazası, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre, *“karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararlı sonuçlanmış olan olay”*ı ifade eder (m. 3). Bu durumda, hukuki anlamda trafik kazasından söz edebilmek için olay bağlamında, hareket eden en az bir vasıta ve ölüm, yaralanma ya da zarar sonuçlarından en az birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Trafik kazaları, günlük dilde yaygın kullanılan bir ifade olan *“kaza”* terimini içerse de her trafik kazasının ceza hukuku anlamında *“kaza”* veya *“tesadüf”* olduğu söylenemez. Kaldı ki, genel anlamıyla kaza, *“önceden planlanmayan, beklenmeyen ve bilinmeyen bir zamanda ortaya çıkan, can ve mal kaybı ile sonuçlanan”* bir olay olarak tarif edilebilirse de yapılan araştırmalarda Türkiye'de trafik kazalarının meydana gelmesinde sürücü başta olmak üzere insan unsuruna dayalı kusur payı yüzde 99,12

¹³ ARTUK, M. Emin – GÖKCEN, Ahmet – ALŞAHİN, M. Emin – ÇAKIR, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2017, s. 383. Örneğin, bilinçli taksire ilişkin açıklamalarda yer verilen örnek kararların hemen hepsi trafik kazası mahiyetinde olayları konu almaktadır: Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2251, K. 3238, 14.07.2006, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 5292, K. 5611, 01.11.2006, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 5291, K. 6439, 22.11.2006, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 897, K. 6399, 17.09.2007, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 1184, K. 17929, 05.09.2012, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2013/8004, K. 2013/15450, 06.06.2013, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 29899, K. 23020, 17.11.2014, s. 383-385. Aynı düzeyde olmasa da olası kast için de benzer bir durum söz konusudur. Bkz: ARTUK – GÖKCEN – ALŞAHİN – ÇAKIR, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 334 vd.

¹⁴ SUNGUR, İslim – AKDUR, Recep – PİYAL, Birgül, *“Türkiye'deki Trafik Kazalarının Analizi”*, *Ankara Medical Journal*, 2014, Cilt: 14, Sayı: 3, ss. 114-124, s. 114.

¹⁵ YİĞİT, Onur, *“Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları”*, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 2, 2013, ss. 113-136, s. 114.

gibi fevkalade yüksek bir orandır¹⁶. Kuşkusuz, failin hiçbir kusurunun olmadığı durumlarda ya da failin kusurunu tamamen ortadan kaldıran şartlar dolayısıyla tümüyle kaza veya tümüyle rastlantı olarak görülebilecek olaylarda, taksirin unsurlarından biri olan “neticenin öngörülebilirliği”nden söz edilemez ve kusurun ortadan kalktığı kabul edilir. Fakat vurgulamak gerekir ki, günlük dildeki anlamıyla her “kaza” tesadüf değildir.

Olası kast (“*dolus eventualis*”), failin neticenin meydana gelme ihtimalini “ciddi bir şekilde mümkün görmesi”ne, tahmin etmesine karşılık bu neticeye kayıtsız kalması, razı olması, neticeyi kabullenmesi halidir¹⁷. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na göre, “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*” (m. 21/2).

Olası kastta neticeyi öngörmek, açıkça istememekle beraber neticeye karşı kayıtsızlık unsurlarının varlığı açıktır. Ancak söz konusu “istememe” gönlünden geçirmemek, heves duymamak gibi duygusal bir anlama gelmez. Olası kast, failin asıl davranış tutumunu veya maksadını muhtemel yan neticeye üstün saydığı halleri de kapsamakta olup “*fail tarafından öngörülmesine rağmen arzu edilmeyen her türlü neticenin olası kastın kapsamı dışında kalması demek de değildir; zira isteme unsuru günlük dildeki arzu etme veya hoşuna gitme demek değildir, aksine sadece ve sadece hukuki anlamda bir kabullenme demektir*”¹⁸. O halde olası kastta failin neticeyi istememesi, kayıtsızlık haliyle iç içe olup üzerinde ciddiyetle durmamak, umursamamak, eski tabirle “lakaydı” mahiyetindedir.

Bilinçli taksir (*colpa consciente, colpa con previsione, bewusste Fahrlässigkeit*), failin neticeyi öngörmesini ve fakat kastın aksine iradilik yerine neticenin oluşmayacağı kanaatini içeren manevi unsur halidir¹⁹. Bilinçli taksirde fail davranışını icra ederken neticeyi tahmin edebilmekle beraber bunun meydana gelmesini arzu etmemekte, somut olayın gerçekleştiği şartlar çerçevesinde neticenin oluşmayacağına

¹⁶ SUGUR – AKDUR – PİYAL, s. 114, 119.

¹⁷ KOCA – ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 173.

¹⁸ KARAASLAN, Reşit, “Ölüm Veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 145, 2019, ss. 203-272, s. 227.

¹⁹ İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 452, 466.

inanmaktadır²⁰. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre, “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır*” (m. 22/3). Bu tanımın olası kast tanımıyla benzerlik arz ettiği, ispatın zor olduğu koşullarda olası kast yerine bilinçli taksire hükmedilmesine yol açabileceği yönündeki eleştirilerde²¹ haklılık payı vardır.

Diğer taraftan, neticeyi öngörme ve istememe şeklindeki bu koşullar, olay anı itibarıyla failin durumuna ilişkindir. Bilinçli taksirde fail, olay anında eyleminin, genel olarak hukuk düzeninin gerekleriyle çeliştiğinin farkında olup “içsel” dikkat ve özen yükümlüğünün etkisine rağmen haksızlığı bilinçli şekilde gerçekleştirmektedir²². Olay anından sonra failin gerçekleşmesini arzu etmediği sonuç, örneğin trafik kazasında kaza ihtimalini tahmin eden fail sürücünün hatasının tesiriyle ölüm gerçekleşirse, fail basit taksirdeki özensizlikten daha yüksek seviyedeki özensizlikle malul davranışı nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Zira bu durumda fail, neticenin oluşmasını istememesine ve fiilinin hukuka aykırı bir sonuca sebebiyet verebileceğini bir ihtimal olarak görmesine rağmen neticenin oluşmayacağı yönünde bir güven ve düşünceyle eylemini icra etmiştir²³. Yine de tek başına neticenin istenmemesi kıstasıyla ayırt edilmesi güç olan bilinçli taksirin, olası kastın uygulama sahasını daraltan bir hal olarak nitelenmesi de mümkündür²⁴. Buna mukabil, bilinçli taksir, öngörülebilir bir neticeyi öngörmemeyi ifade eden basit taksirden, neticenin öngörülmüş olmasıyla ayrılabilir²⁵. Ancak bilinçli taksirin basit taksirden ayrılmasında önemli bir güçlük olmadığı, buna karşılık bilinçli taksir ile olası kastın hem neticenin öngörülmüş olması, hem de neticenin istenmemiş olması unsurlarını müşterek olarak içerdiği göz önüne alınırsa; asıl güçlüğü bu

²⁰ CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 391.

²¹ ÜNVER, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 1, 2006, ss. 37-73, s. 53.

²² DEMİRBAŞ, s. 430-431.

²³ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 391-392.

²⁴ KOCA – ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 235 vd.

²⁵ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 392.

iki sorumluluk halinin ayırt edilmesinde olduğu söylenebilir²⁶. Gerçekten, sözü edilen güçlük hem teorik hem pratik açıdan mevcut görünmektedir.

C. Bazı Ortak Etkenlerin Değerlendirilmesi

1. Fail Dışındaki Kişilerin Kusurlarının Failin Kusuruna ve Diğer Unsurlara Etkisi

Fail dışındaki kişilerin kusurunun bulunmadığı hallerde yalnızca failin kusurundan söz edilebilmesi mümkün olduğu gibi, failin hareketinin tümüyle başka bir kişinin kusurundan kaynaklandığı hallerde illiyet bağı ortadan kalktığından failin kusuru olmadığı söylenebilir²⁷. Ancak belirtilen durumlar haricinde, belirli bir olayda, örneğin mağdur gibi fail dışındaki kişilerin kusurunun varlığı, kendiliğinden, neticeye yol açan kişinin kusurunu ortadan kaldırmaz. Nitekim Yargıtay trafik kazasını konu alan bir kararında, mağdurun kusurunun olup olmamasının failin manevi unsur açısından sorumluluğu bakımından önem taşımadığını, öncelikle failin manevi unsur sorumluluğunun tespit edilmesi gerektiğini, ancak bu aşamadan sonra şayet ölenin bir kusuru varsa bu durumun yalnızca daha önceden tespit edilen manevi unsur sorumluluk düzeyinin gerektirdiği cezanın miktarının belirlenmesi aşamasında gözetilebileceğine kanaat getirmiştir²⁸. Böyle bir durumda,

²⁶ ÖZBEK, Veli Özer – DOĞAN, Koray – BACAĞSIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.491.

²⁷ HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2023, s. 249.

²⁸ “Somut olayda; Denizli il merkezinde çift yönlü olarak kullanılan ve akşam saatleri olması itibarıyla da iyice kalabalıklaştığı anlaşılan olay yeri caddede, yasal hız sınırı olan saatte 50 km. ile gidildiğinde bile sorun yaşanabileceği açıkça ortada iken, saatte 86 ila 92 km. arasında bir hızla seyreden sanık, birisine çarparak onun ölümüne neden olabileceğini öngörmüş, ancak şoförlük yeteneklerine, şansına ve yoldan geçen insanların kendilerini araçlardan koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvenmek suretiyle, hiç istemediği neticenin gerçekleşmeyeceği yönünde yanlış bir zan ile hareket etmiştir. Buna karşılık neticenin meydana gelmesini engelleyecek olan objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmamış, bu bağlamda hızını azaltmamıştır. Bu nedenle, meydana gelen ölüm olayında bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun dışında, suçun “basit taksirle mi”, yoksa “bilinçli taksirle mi” işlendiğinin belirlenmesi açısından, ölenin de

failin kusurunu ortadan kaldıran bir başka kusur değil, örneğin taksir bakımından yapılacak bir değerlendirmede, nedensellik bağı ortadan kaldırmayacak biçimde, fail dışındaki bir kişinin taksirinin failin taksirine eklenmesi söz konusu olur²⁹.

Öte yandan, sanık dışında diğer bir kişinin kusurunun etkisinin aydınlatılması bakımından Yargıtay'ın trafik kazasında basit taksirin varlığına ilişkin bir kararına işaret etmekte yarar vardır. Bu kararda, “*Sanık sürücünün önünde seyreden aracın ani fren yapması üzerine kendisinin de fren tedbirine başvurmasına rağmen*” neticenin gerçekleştiği, netice öngörülemez olduğundan basit taksirin söz konusu olduğuna hükmedilmiştir³⁰. Kararda görüldüğü üzere, sanık sürücü dışında başka bir kişinin “ani fren yapmak” şeklinde, olayın gelişiminde çok etkili bir davranışı ve önemli bir kusuru bulunmaktadır. Üstelik sanık sürücü olayda ani gelişen bu dışsal faktöre rağmen yine de elinden geleni yapmış, fren tedbirine başvurmuş durumdadır. Bütün bu hususlar karşısında Yargıtay yine de sanık sürücü bakımından bilinçli taksir yerine basit taksirin söz konusu olduğuna hükmetmiştir.

Keza, mağdurun belirli ölçüde kusurlu olması, taksirin unsurlarından biri olan hareketle netice arasında nedensellik bağının kurulamayacağı anlamına da gelmez³¹. Dahası, mağdurun hiç kusuru yoksa yahut kusuru göz ardı edilebilecek kadar düşük veya olayın gelişimindeki etkisi az ise nedensellik bağının çok daha net şekilde kurulması mümkün olduğu gibi; failin neticeyi öngörmüş olma

kusurlu olup olmamasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Zira kusurun var olup olmadığının veya derecesinin tespiti, hakim tarafından manevi unsur saptandıktan sonra, cezanın belirlenmesi aşamasında yapılması gereken bir işlemdir.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/9-185, K. 2009/273, 24.11.2009, CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 392-393.

²⁹ HAKERİ, s. 249.

³⁰ “*Sanık sürücünün önünde seyreden aracın ani fren yapması üzerine kendisinin de fren tedbirine başvurmasına rağmen kullandığı tankerdeki sıvı yükün etkisiyle duramayıp aracıyla öndeki aracın sol arka köşesine vurması ve kontrolden çıkarak diğer şeride geçtiğinde karşı yönden gelen araçla çarpışması olayında, neticeyi öngöremeyen failin sorumluluğu taksir düzeyindedir. Olayda bilinçli taksirin öngörme koşulu gerçekleşmemiştir.”*, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007/9-275, K. 2008/49, 11.03.2008, CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 389.

³¹ DÖNMEZER – ERMAN, s. 515-516.

ihtimalinin ve her hâlükarda öngörmesi gerektiği hususuna dair kanaatin önemli derecede arttığı, bu nedenle failin kusurunun da çok daha ağır olduğu, bilinçli taksir veya olası kast sorumluluğu boyutlarına ulaşabileceği söylenebilir.

2. Dışsal Koşulların Etkisi

Failin suçun manevi unsuru, özellikle de bilinçli taksir ve olası kast açısından, sorumluluk seviyesinin tayininde iddiaya konu olan davranışın çerçevesini oluşturan trafik kazasının meydana geldiği dışsal koşulların göz önünde bulundurulmasında yarar vardır. Hayatın olağan akışı içerisinde vuku bulan olaylar ve gerçekleştirilen davranışlar çoğu zaman pek çok sayıda objektif ve subjektif şartın bir araya gelmesi neticesinde ortaya çıktığına göre, ölüm ya da yaralanma ile sonuçlanan trafik kazalarında ve bu kazalara sebebiyet verdiği iddia edilen failin kusurlu davranışında çok sayıda objektif ve subjektif etmenin rol oynadığı söylenebilir. Bu etmenlerden “dışsal koşullar” olarak adlandırdığımız objektif etmenler ile başta failin kusurlu davranışı olmak üzere subjektif etmenlerin göreceli önemi ve ağırlığı, yekdiğerinin önemi ve olay üzerindeki etki düzeyi belirlenerek anlaşılabilir. O halde, trafik kazasının ve failin davranışının meydana geldiği dışsal koşulların dikkate alınması genel olarak failin hangi şartlarda hareket ettiğinin, hangi neticeleri öngörebileceğinin ya da öngörmüş olduğunun, failin davranışını icra ederken bu koşulları dikkate alıp almadığının, neticenin meydana gelmesini isteme, istememe veya umursamama hallerinden hangisinin söz konusu olduğunun, dolayısıyla davranışının kusur bakımından ağırlığının aydınlatılmasına belli ölçüde katkı sunabilir.

Örneğin failin olayda aracını kullandığı esnada zamanın gündüz, havanın nem oranının düşük, aydınlık, açık ve berrak olduğu şartlarda bu sürücünün sürüş imkânları ve görüş mesafesinin uzunluğunun ışık ve hava koşulları bakımından neredeyse optimum düzeyde olduğu söylenebileceğinden, bu koşullarda meydana gelen ölümlü bir trafik kazasına sebebiyet veren davranışında neticeyi öngörme ve meydana gelmesini engelleme imkânının daha fazla olduğu, kusurunun daha ağır olabileceği düşünülebilir. Keza kazanın meydana geldiği yolun genişlik ve şerit sayısı bakımından üstün bir standarda sahip olmasının, sürücülerin seyir halindeyken kısmi bir şerit ihlalinde bulunması gibi olası sürüş hatalarını telafi etmek için çok daha büyük bir fiili imkân sunduğu, bu imkânın sürücünün dikkat ve özen yükümlülüğünü ortadan

kaldırmadığı gibi, aksine, meydana gelen olayda kusurunun daha ağır olma ihtimalini artırdığı ileri sürülebilir.

Kuşkusuz, dışsal koşulların olumlu olması ya da tam tersine olumsuz olmasının, tek başına, mağdurun ölmesine ya da yaralanmasına yol açan sürücünün kusurunun daha ağır olduğunu, sözgelimi basit taksir yerine bilinçli taksirle veya olası kastla hareket ettiğini kanıtlaması mümkün değildir. Söz konusu dışsal koşullar ancak somut olayda failin bu koşullardan ne şekilde yararlandığı ya da bunları hangi ölçüde dikkate alıp davranışını şekillendirdiği hususu başta olmak üzere çok sayıdaki diğer bilgiler ve etkenlerle birlikte değerlendirildiğinde makul bir hukuki işlev kazanabilir.

Trafik kazalarını konu alan içtihatlarla yansıyan tespitler ile olağan yaşam deneyimi ışığında dışsal koşulların trafik kazasının meydana geldiği anda mevkinin meskûn mahal ya da gayrimeskûn olması, ışık, hava ve aydınlatma durumu, kazanın meydana geldiği mevki itibariyle trafik yoğunluğu, ayrıca yolun teknik özellikleri, genişliği, şerit sayısı, nitelikleri, seyir güvenliği ve olanakları açısından zemin malzemesi (asfalt, stabilize vs.), kalitesi (kuru, ıslak vs.), yolun topografik açıdan eğimi, istikamet olarak düz (virajsız) olup olmaması, üzerinde doğal ya da doğal olmayan bir engel bulunup bulunmaması, sürücünün görüş imkânı ve mesafesi gibi nesnel veri ve unsurları kapsadığı görülmektedir. Bu özellikler, failin dışı yansıyan davranışları bağlamında, özellikle bilinçli taksir veya olası kast sorumluluğunun belirlenmesinde, dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamı ve düzeyinin, failin söz konusu dışsal koşullara uyumlu ve uygun davranıp davranmadığının, failin olay anı itibariyle neticeyi önlemeye yönelik sahip olduğu imkânın kapsamının ve ölüm ya da yaralanma gibi neticelere karşı tutumunun anlaşılması açısından yararlı olabilir.

III. TRAFİK KAZALARINDA BİLİNÇLİ TAKSİRİN TESPİTİ İÇİN DEĞERLENDİRİLEBİLECEK KİSTASLAR

A. Neticenin Gerçekleşmeyeceğine İlişkin Güven

Failin neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin güveni, bilinçli taksirin zorunlu bir unsuru olup doğal olarak neticenin fail tarafından öngörüldüğünün de bir göstergesidir. Zira bir kişinin bir sonucun oluşmayacağını düşünebilmesi için öncelikle onu tahmin etmiş olması

gerekir. Kuşkusuz, failin neticeyi öngörmüş olması, yalnızca failin beyanından anlaşılabilir bir durum değildir. Neticenin meydana gelmeyeceğine dair güvenin varlığından bahsedebilmek için neticenin gerçekten istenmediğini gösteren güçlü bir kanaate dayalı bu güvenin mevcut olup olmadığının ele alınması³², güvenin varlığına dair verilerin somut olayın genel mahiyetiyle de tutarlı olması gerekir³³. Sözelimi, seyir esnasında sürücü olan fail bakımından, Yüksek Mahkeme'nin bir kararına konu olan vakada gözlemlendiği üzere, yol çalışmasının varlığı, bu nedenle hız sınırının daha düşük olması ve bunu gösteren trafik levhası, yol çalışması yapılan yer ile kaza yeri arasındaki mesafe, diğer bir kişinin failin olaydan hemen önceki sürüş hızına ve olay esnasında hızındaki değişikliğe dair gözlemleri gibi unsurlar³⁴ ancak birlikte, ayrıntılı ve mukayeseli olarak değerlendirildiğinde hukuki işlev kazanabilir. Yine, normal şartlarda gözlük kullanan failin olayda sırf gözlüksüz araç kullanması nedeniyle neticenin gerçekleşebileceğini öngördüğü ve gerçekleşmeyeceği hususunda kendine güvendiği gerekçesiyle bilinçli taksirden sorumlu tutulması doğru olmayıp failin “gözlüksüz iken görme derecesi uzman hekim tarafından belirlendikten sonra bunun meydana gelen olaya etkisi de değerlendirilerek” hüküm kurulması gerekir³⁵. Bu itibarla, failin neticeyi öngörmüş olması ve

³² İÇEL, Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1967, s. 194.

³³ ŞEN, Ersan – GÖZÜKAN, Alperen, "Bir Örnek Olay Üzerinden Olası Kast Bilinçli Taksir Değerlendirmesi", 2023, <https://sen.av.tr/>, erişim tarihi: 20.03.2024.

³⁴ “... Kaza mahallinden 70 metre önce yol çalışması nedeniyle hız sınırının 50 km olduğunu işaret eden trafik levhası bulunmasına rağmen mağdur ... Kaynar Ağaç'ın “hız göstergesine baktığımda saate 90-100 km hızla gidiyordum ama daha sonra aracın daha da hızlandığını farkettim” şeklindeki beyanından da anlaşılacağı üzere mahal şartlarının iki katı bir hızla istihap haddini de aşarak seyrettiği anlaşılan sanık hakkında bilinçli taksir koşullarının oluştuğunun ve dolayısıyla TCK'nın 22/3 maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...”, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2019/1342, K. 2019/4065, 26.03.2019, DEMİRBAŞ, s. 431.

³⁵ “...Sanığın gözlüksüz iken görme derecesi uzman hekim tarafından belirlendikten sonra bunun meydana gelen olaya etkisi de değerlendirilerek sonucuna göre hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden soyut gözlüksüz araç kullanması nedeniyle suçun bilinçli taksirle işlendiği kabul edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi...”, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 3339, K. 8841, 03.12.2007, ARTUK – GÖKÇEN – ALŞAHİN – ÇAKIR, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 384.

neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünmesi hususu, somut olayın kendine özgü çok çeşitli özelliklerinden anlaşılabilir. Failin, olması gerekenden daha yüksek olduğu olaydan sonra anlaşılan kendine olan bu güveni, muhtelif saiklerden kaynaklanabilir.

Yargıtay'a göre, “*hukuka aykırı neticeyi öngördüğü halde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle hareketini sürdüren failin söz konusu güveninin dayanağı talih, bilgi, yetenek, deneyim vb. gibi çeşitli etkenler olabilir*”³⁶. Ancak her durumda, trafik kazası sonucunda oluşan ölüm ve yaralanmalar bakımından failin kusurunun bulunduğu hallerde, failin neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin güveninin, meydana gelen ölüm ya da yaralanma dolayısıyla, deyiş yerindeyse boşa çıktığı söylenebilir. O halde söz konusu durumlarda bilinçli taksir sorumluluğunun oluşmasına yol açan güvenin, pek çok durumda, failin somut olayın birtakım özelliklerine dair “kabul edilebilir bir bilgisizliği”nden kaynaklandığı ileri sürülebilir³⁷. Gerçekten, trafik kazası sonucunda suçun neticesine bilinçli taksirle sebebiyet veren failin şansına, kabiliyetine ya da tecrübesine olan güveni esasen isabetsiz bir güvendir. Failin neticenin vuku bulmayacağına dair güveninin isabetsizliği ise yetenek ve deneyim gibi kişisel etkenlere dair bilgisinin ve kanaatinin eksik ya da yanlış olmasına dayalı olabilir. Keza bazı hallerde failin şansına duyduğu güvenin de bir tür bilgisizlik olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Yargıtay sıklıkla atıf yapılan bir kararında bilinçli taksirle yaralama veya ölüme sebebiyet verme bakımından, “*normal yaşam koşulları*” çerçevesinde davranışının “*yaralanma ve ölümlere yol açabileceği*”nin “*öngörülmesi lazım gelen bir husus olması*” ve sanığın

³⁶ “TCK'nun 22/3. madde ve fıkrasında 'kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi' şeklinde tarifini bulan bilinçli taksirde, bilindiği üzere, neticenin gerçekleşmesini istemeyen fail, hareketinin tipe uygun, hukuka aykırı bir sonuca neden olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek neticeyi meydana getirmektedir. Hukuka aykırı neticeyi öngördüğü halde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle hareketini sürdüren failin söz konusu güveninin dayanağı talih, bilgi, yetenek, deneyim vb. gibi çeşitli etkenler olabilir.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/463, K. 2018/20, Full&Egal, <https://www.fulllegal.com/>, erişim tarihi: 14.03.2024.

³⁷ ŞEN, Ersan – GÖZÜKAN, Alperen, "Bir Örnek Olay Üzerinden Olası Kast Bilinçli Taksir Değerlendirmesi", 2023, <https://sen.av.tr/>, erişim tarihi: 20.03.2024.

“geçmiş deneyimlerinin şanslı sonuçlanması gibi” saiklerle “bu riski göze aldığıının anlaşılması”nın önemini vurgulamaktadır³⁸. Keza Yüksek Mahkeme’nin bilinçli taksirin oluştuğuna kanaat getirdiği bir başka kararında, sanığın “gideceği mesafenin kısa olması”nın yanı sıra “yoldan geçenlerin kendilerini araçtan koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvenmiş” olmasını da dikkate alınmıştır³⁹. O halde

³⁸ “...sanık sürücünün, Karadeniz sahil yolu inşaatında kullanılmak üzere sevk ve idaresinde bulunan 61 K 3467 plaka sayılı araca yüklettiği dolgu malzemelerinden, 40x30 cm ebatlarında bir taşın, önce karayoluna düşüp buradan sekerek yol kenarında yayalara ayrılan bölümde yürümekte olan ...'a çarparak ölümüne neden olması biçiminde gelişen olayda, 2918 sayılı KTK'nun 65/1. madde ve fıkrasının (c) ve (g) bentlerinde belirtilen düzenlemeye aykırı olarak, kamyon kasasını aşacak şekilde dolgu malzemesi yükletilip, bu yükün üzerine branda çekilerek kapatılmadan ve başkaca tedbir de alınmadan şehirlerarası yola çıkması, normal yaşam koşulları gereği, sarsıntının da etkisiyle kamyondaki taşların düşebileceğinin ve başka araçlara ya da yol kenarında yürümekte olan insanlara çarparak, yaralanma ve ölümlere yol açabileceğinin kamyon sürücüsü sanık tarafından da öngörülmesi lazım gelen bir husus olması, buna rağmen hatalı taşıma yönteminin zaman ve emekten tasarruf sağlaması ve bu yöntemle ilgili geçmiş deneyimlerinin şanslı sonuçlanması gibi nedenlerle sanığın bu riski göze aldığıının anlaşılması karşısında olayda bilinçli taksir halinin bulunduğu kabulü gerekir.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 9-189, K. 220, 06.10.2009, YAŞAR, Osman – GÖKCAN, Hasan Tahsin – ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, s. 487 vd.

³⁹ “Sanık oturduğu sitenin kenarındaki orta refüjle bölünmüş yolda kendi beyanına göre güneş ışıklarının tam karşı yönden gözüne gelmesi nedeniyle önünü iyi göremediği halde ters yönde ... yavaş sayılamayacak bir hızla araç kullanmış ve orta refüjden karşıya geçmeye çalışan mağdura çarparak yaralanmasına neden olmuştur. ... Daha önce kendisinin ve sitede oturan bir çok kişinin sorunsuz bir şekilde benzer şekilde davranmaları da kararında etkili olmuştur. Sanık ters yönde araç kullandığından yoldan geçmek isteyen bir kişinin kendisini fark edemeyebileceğini ve karşı istikametten gelen güneş ışıkları nedeniyle görüş mesafesinin yetersizliğinden çarpmaya engel olabilecek bir mesafede aracını durduramayabileceğini ve sonuçta da birisine çarparak yaralayabileceğini öngörmüş, ancak gideceği mesafenin kısa olmasına, tecrübesine, şoförlük yeteneklerine, özellikle de şansına ve yoldan geçenlerin kendilerini araçtan koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvenmiş ve böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek öngördüğü, ancak istemediği neticeye neden olmuştur. Bu nedenle sanığın eylemini

neticenin gerçekleşmeyeceğine dair güvenin olası kaynakları arasında, davranışın gerçekleştiği yolun uzunluğu gibi objektif bir ölçüt olabileceği gibi başkalarının dikkatli ve özenli davranmasına duyulan inanç gibi subjektif bir ölçüt de yer alabilir.

B. Trafik Kurallarına Aykırılığın Etkisi

Trafik kuralların aykırılık, bilinçli taksirin diğer sorumluluk halleriyle ayırt edilmesinde güçlük yaratan, ancak dikkate alınması da kaçınılmaz olan hallerden biridir⁴⁰. Suçun manevi unsuru açısından bilinçli taksir düzeyinde cezai sorumluluğun olduğu olaylarda, her zaman olmamakla beraber pek çok durumda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda öngörülen trafik kurallarına aykırılığın da söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumlarda uygulamada trafik bilirkişisinin hazırladığı raporların ceza mahkemesinin gerçekleştirdiği kusur tayininde belirli ölçüde dikkate alındığı gözlemlenmektedir.

Trafik kurallarına aykırılık ile ceza hukuku açısından kusurun düzeyi arasındaki ilişki bakımından iki hususun önemli olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, belirli bir trafik kuralına aykırılığın doğrudan, kategorik olarak belirli bir kusur düzeyinin varlığına delalet eden bir gösterge olarak değerlendirilemeyeceği hususudur. Örneğin, trafik işareti olarak kırmızı ışık yandığı esnada geçmek, 2918 sayılı Kanun'un m. 47/1-b hükmü kapsamında durmayı gerektiren ve kurallar sıralamasında ikinci sırada yer alan önemli bir kurala aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca araç sürücüleri açısından bu davranış, aynı Kanun'un m. 84/1-a hükmü çerçevesinde ilgili sürücülerin "asli kusurlu" sayılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla sürücünün kırmızı ışıkta geçme davranışının, ilk bakışta, sürücünün bu suretle oluşabilecek ölüm ya da yaralanma gibi neticelere karşı kayıtsızlık veya bunları kabullenme izlenimi oluşturduğu ileri sürülebilir. Ne var ki, bu kadar ağır bir trafik kusuru teşkil etmesine rağmen, kırmızı ışıkta geçme davranışını içeren olay sonucunda gerçekleşen neticelerden dolayı cezai sorumluluğun belirlenmesinde, doğrudan olası kast sorumluluğunun olduğu

bilinçli taksirle... vasıflandıran yerel mahkeme hükmünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2013/12-11, K. 2014/139, 25.03.2014, KARAASLAN, s. 228-229.

⁴⁰ ARTUK – GÖKCEN – ALŞAHİN – ÇAKIR, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 383.

söylenemez. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında da görüldüğü üzere, sürücünün “kırmızı trafik ışığı yandığı halde ışıktaki durmayıp devam ettiği”, üstelik trafik kurallarına uygun davranan diğer sürücünün aracına çarptığı hallerde failin “neticeyi öngörmesine rağmen somut olayda neticenin gerçekleşmeyeceği inancı” ile bilinçli taksirli davranışını gerçekleştirdiği⁴¹ kabul edilmelidir. Keza 2918 sayılı Kanun'a göre, sürücüler için “hızın gerekli şartlara uygunluğunu sağlamak” (m. 52/1-a), benzer şekilde kavşaklarda “yavaşlamak, dikkatli olmak, geçiş hakkı olan araçların önce geçmesine imkân vermek” (m. 57/1-a) yükümlülüklerini gerektiren kurallar geçerlidir. Bu kurallara aykırı davranmak, çok hızlı araç kullanmak suretiyle ölüm ya da yaralanmaya sebebiyet verilmesi de hayatın olağan akışı içerisinde ilk bakışta söz konusu neticeleri umursamama, göz alma izlenimine istinaden olası kast sorumluluğunu akla getirebilir. Ancak aracını çok hızlı şekilde kullanan sürücüler için her durumda olası kast sorumluluğunun oluştuğu iddia edilemez. Örneğin, Yüksek Mahkeme'nin bir başka kararına konu olayda görüldüğü gibi, sürücünün “hızını azaltması ve dikkatli olmak suretiyle geçiş hakkı olan araçların geçmesine imkân vermesi gerekirken süratli bir şekilde kavşağa yaklaşması”, “fasıllı kırmızı ışık”ta “durmamak bir yana hızını dahi azaltmadan kavşağa girmesi” hallerinde oluşan neticeler bakımından fail sürücünün olası kast değil, bilinçli taksir sorumluluğunun oluşması⁴² mümkündür.

⁴¹ “Sanığın olay tarihinde, sevk ve idaresindeki aracı ile seyir halinde iken ışıklı trafik işaret cihazı bulunan kavşağa geldiğinde kendisine kırmızı trafik ışığı yandığı halde ışıktaki durmayıp devam ettiği ve sağ tarafından kendisine yeşil trafik ışığı yandığı için hareket eden katılanın sevk ve idaresindeki araca çarparak, katılanların yaralanmasına yol açtığı olayda, sanığın neticeyi öngörmesine rağmen somut olayda neticenin gerçekleşmeyeceği inancı ile yoluna devam etmesi sonucu katılanların yaralandığının anlaşılması karşısında, sanığın öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin gerçekleşmesinden dolayı 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca bilinçli taksirle yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekirken, suç vasfında yanılıya düşülerek eylemin olası kastla işlendiğinin kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2015/33963, K. 2016/12749, 30.05.2016, KARAASLAN, s. 217.

⁴² “Ego Genel Müdürlüğü tarafından verilen süresiz olarak toplu taşıma araçlarında çalışmama cezası bulunan sanığın kullanmakta olduğu halk otobüsü ile olayın olduğu kavşağa yaklaşırken 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 52/A ve 57/A maddeleri uyarınca hızını azaltması ve

Ceza hukuku açısından kusurun düzeyi ile trafik kurallarına aykırılık arasındaki ilişki çerçevesinde önem arz eden ikinci bir husus, kuralların değerlendirilmesine ilişkindir. Bu bağlamda, trafik bilirkişisinin hazırladığı raporlarda olaya sebebiyet verdiği saptanan sürücü ya da sürücülerle ilgili olarak belirtilen kusur düzeyinin, benzer biçimde, ceza hukuku anlamında kusurun düzeyini doğrudan belirleyemeyeceği şüphesizdir. Bilakis, Yargıtay kararlarına da yansıdığı üzere⁴³, fail konumundaki sürücülerinin trafik bilirkişileri tarafından “asli kusurlu” veya “tam kusurlu” görüldüğü durumlarda basit taksir söz konusu olabileceği gibi bilinçli taksir, olası kast ya da doğrudan kast sorumluluğu da oluşabilir. Belirtmek gerekir ki, mahkemenin bu tür durumlarda failin ağırlığı ile ceza arasındaki orantıyı sağlarken, örneğin en hafif kusur düzeyi olan basit taksirin oluştuğu şartlarda, cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi vasıtasına da başvurması gerekebilir⁴⁴. Ancak

dikkatli olmak suretiyle geçiş hakkı olan araçların geçmesine imkân vermesi gerekirken süratli bir şekilde kavşağa yaklaşması, Trafik İşaretleri Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesine göre dur işareti anlamına gelen ve ancak gidilecek yolun açık olduğunu gördükten sonra hareket edilmesi gerektiğini belirten fasıllı kırmızı ışığın kendisine yanyor olmasına karşın anılan Kanun’un 47/B maddesine aykırı olarak durmak bir yana hızını dahi azaltmadan kavşağa girmesi, kavşağın ortasındaki ikinci fasıllı kırmızı ışığı da geçtikten sonra kendisine fasıllı sarı ışık yanması nedeniyle kavşağa giren ölen Mehmet Çallar’ın kullandığı araca fren yapma fırsatı bile bulamadan yandan çarpması hususları bir bütün olarak göz önüne alındığında, sanığın meydana gelen neticeyi 5237 sayılı TCK’nın 22/3. maddesi kapsamında öngördüğünün ancak istemediğinin dolayısıyla da olayda bilinçli taksir halinin bulunduğu kabulü gerekir. Bu nedenle Yerel Mahkemenin direnme kararı isabeti olduğundan onanmasına karar verilmelidir.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2008/9-43, K. 2008/62, 25.03.2008, Türk Hukuk Sitesi, <https://www.turkhukuksitesi.com/>, erişim tarihi: 29.03.2024.

⁴³ Bkz: Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2013/18930, K. 2014/10543, 30.04.2014; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/12-411, K. 2016/133, 15.03.2016; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/121, K. 2019/518; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2022/5562, K. 2022/8440, 14.11.2022, Yargıtay Başkanlığı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 05.03.2024.

⁴⁴ “Sanığın ... bilirkışı raporları doğrultusunda tam kusurlu bulunduğu sabit kabul edilen olayda, taksirle üç kişinin ölümüne neden olma suçunda, iki sınır arasında temel ceza belirlenirken, “suçun işleniş biçimi, failin taksire dayalı kusurunun yoğunluğu, meydana gelen zararın ağırlığı ve maddede

ceza hukukunda adalet ilkesine hizmet eden bu vasıtanın “teşdidin derecesinde yanılğı”ya düşülmeden kullanılması lüzumludur⁴⁵.

öngörülen hapis cezasının alt sınırı” nazara alınarak, tam kusurlu olarak meydana getirdiği trafik kazası sonucu, kazada herhangi bir kusuru bulunmayan üç kişinin ölümüne sebebiyet veren sanık hakkında, dosya muhtevası ile adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun şekilde asgari haddeden biraz daha fazla uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerektiği...”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/12-411, K. 2016/133, 15.03.2016; “Olay günü sanık sürücü ... sevk ve idaresindeki kamyonet ile meskun mahal dışında, azami hız sınırının 90 km/saat olduğu, bir geliş bir gidiş olmak üzere 11 metre genişliğinde, iki yönlü, asfalt kaplama devlet karayolu üzerinde gündüz vakti, karlı havada ve dolayısı ile karlı kaygan zeminde, Harmancık istikametinden ... istikametine seyri esnasında olay mahalline geldiğinde rampa çıkarken direksiyon hakimiyetini kaybetmesi üzerine aracının karşı istikametten gelen trafiğe ayrılmış sol şeride geçerek sanık ...'nun sevk ve idaresindeki kamyonun sol ön kısmı ile çarpışması sonucu sanığın aracında yolcu olarak bulunan ... ve ...'ın vefat ettiği olayda, kazanın akabinde düzenlenen 12/05/2015 tarihli olay yeri inceleme raporunda sanığın sevk ve idaresindeki aracın dört tekerinin de kar lastiği olduğunun belirtildiği, Adli Tıp Kurumu ... Trafik İhtisas Dairesinin 14/03/2016 tarihli raporunda sanık sürücünün asli kusurlu olduğunun ve diğer sanık sürücü ... Acuroğlu'nun ise kusurunun bulunmadığını belirttiği anlaşılarak; Taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde; TCK'nın 61/1. ve 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerden olan failin kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman nazara alınmak suretiyle, aynı Kanununun 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmolunması gerekirken, asli ve tam kusurlu olarak meydana getirdiği kaza sonucu iki kişinin ölümüne neden olan sanık hakkında, ... ve hakkaniyet kuralları uyarınca cezada orantılılık ilkesi gözetilerek alt sınırdan daha fazla uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurularak sanık hakkında eksik cezaya hükmolunması...”, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2020/4161, K. 2022/5807, 20.09.2022, Yargıtay Başkanlığı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 05.03.2024.

⁴⁵ “Olay günü alınan doktor raporuna göre 2.18 promil alkollü olan sanık sürücü ... sevk ve idaresindeki plaka nolu kamyoneti ile meskun mahal içerisinde, iki şeritli, tek yönlü, asfalt kaplama cadde üzerinde gece vakti seyri esnasında ışıklı işaret cihazı ile kontrol edilen kavşaktan geçişi sırasında kavşak içerisinde yer alan ışık kırmızı yandığı halde durmayarak kavşaktan geçişini sürdürmesi üzerine sağından gelen motosiklet sürücüsü ...'ın kamyonetin sağ ön kapısına çarpması sonucu sanığın asli (tam) kusuru

Belirli trafik kurallarına aykırılık ile ceza hukuku açısından kusurun düzeyi arasındaki ilişkide teorik bir etkinin varlığından da bahsedilebilir. Bilinçli taksirin olası kasta yakın bir kavram, kast ile taksir arasındaki büyük farkı azaltıcı bir “ara formül” olarak değil, taksir kavramı çerçevesinde değerlendirilmesinin de etkisiyle; trafik kurallarına aykırı davranışın sergilendiği, örneğin hız sınırının aşılması, şerit ihlali, kırmızı ışık ihlali ya da öndeki araçla gereken takip mesafesini bırakmamak gibi hallerde kendiliğinden bilinçli taksir sorumluluğundan söz edilmesi kuşkusuz yerinde olmaz⁴⁶. Bu bağlamda, Yargıtay içtihatlarının “bilinçli taksirin kural, basit taksirin istisna” olarak görüldüğü gerekçesiyle eleştirilmesinde⁴⁷ haklılık payı bulunmaktadır. Bir trafik kuralının ihlali halinde de esasen bilinçli taksir çerçevesinde ihlalin kendisi değil, etkisi ve failin kusurunun düzeyi açısından önemi gözetilmelidir. Örneğin, alkollü olarak araç kullanılması trafik kuralı ihlali olsa da özellikle bilinçli taksir bakımından önem taşıyan husus, alkol kullanılmış olması değil, neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmeye yol açabilecek kişisel etkenlerle mukayese edilebilecek şekilde, sanığın davranışı üzerinde “almış olduğu alkolün etkisi” gibi

ile maktül ... Ay'ın ölümüne sebebiyet verdiği olayda; ... sanık müdafinin, kusura, oluşa, fazla cezaya, lehe hükümlerin uygulanmadığına ve sair nedenlere ilişkin, katılanlar vekilinin eksik cezaya ve somut olayda olası kast unsurlarının bulunduğu ile sair nedenlere ilişkin temyiz itirazlarının reddine, ancak; Taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1. ve 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerden olan failin kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman nazara alınmak suretiyle aynı Kanunun 3/1. maddesi uyarınca işlenen failin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükümlenmesi gerekmekte olup, dava konusu olayda sanık asli ve tam kusurlu olmakla birlikte, bir kişinin ölümüne neden olduğu olayda, maddede öngörülen cezanın alt sınırı nazara alınmak suretiyle, cezada orantılılık ilkesi ile ... ve hakkaniyet kurallarına uygun bir cezaya hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden, alt sınırdan çok fazla uzaklaşarak teşdidin derecesinde yanılığa düşülmek suretiyle sanık hakkında fazla cezaya hükmedilmesi,...”, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2022/3153, K. 2022/8329, 09.11.2022, Yargıtay Başkanlığı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 05.03.2024.

⁴⁶ ÖZBEK – DOĞAN – BACAĞSIZ, s. 491-493.

⁴⁷ HAKERİ, s. 243.

sorumluluğun düzeyi bakımından işlevsel olan hususlardır⁴⁸. Bu nedenle, altını çizmek gerekir ki, trafik kurallarına aykırılık ile ceza sorumluluğunda manevi unsurun düzeyi arasında birebir şekilde paralellik kurmak ve belli bir trafik kuralı ihlalinde doğrudan basit ya da bilinçli taksirin ya da başka bir manevi unsur halinin olduğuna kanaat getirmek isabetli değildir. Aksine, belli bir somut olayda ceza sorumluluğu belirlenirken trafik kuralı ihlalleri dikkate alınsa da bu ihlale indirgenemez ve olayın tüm somut vasıflarının da yapılacak değerlendirmeye dâhil edilmesi icap eder.

C. Bilinçli Taksir Bakımından Dışsal Koşulların Etkisi

Dışsal koşulların göz önünde bulundurulması bakımından öncelikle bu etkinin bilinçli taksire ya da olası kasta mahsus olmayıp basit taksir için de geçerli olduğunu vurgulamak gerekir. Örneğin Yargıtay'ın basit taksirin varlığına hükmettiği bir kararında olayın meydana geldiği koşulların “gündüz vakti, meskûn mahalde, yaklaşık

⁴⁸ “Dosya kapsamına göre; sanık G.Ç. suç tarihi olan 02.08.2008 günü saat 22:42 itibariyle yapılan ölçümde 0,84 promil alkollü olduğu halde yönetimindeki ... plaka sayılı otomobili ile Eski Denizli Caddesini takiben Dörtöyöl yönünden Konyalı Camii yönüne doğru seyir halinde iken olay yerinde bölünmemiş çift yönlü kullanılan yolda şerit ihlali yaparak sol taraftaki Salkım Söğüt Sokağına sinyal vermeden dönüş yaptığı sırada, karşı yönde kendi şeridinde seyir halinde olan katılan M.Y. yönetimindeki plaka tescilsiz motosiklet ile çarpışması sonucu katılanın hayati tehlike geçirmeyecek, vücudunda orta (2.) derecede kemik kırığı oluşacak şekilde yaralanması ile sonuçlanan olayda; sanığın olay yerini terk etmesi sebebiyle Trafik Kazası Tesbit Tutanağının düzenlenmediği, olay yerinde yapılan keşiften elde edilen bilgilerden kazanın olay günü çizilmiş olan basit krokide anlatıldığı şekilde vuku bulmadığı mahkemece de kabul edilen Adli Tıp Kurumu raporuna göre sanığın asli kusurlu olduğu ancak gerçekleşen olayda netice öngörülebilir olmasına karşın, sanığın almış olduğu alkolün etkisi veya kişisel başka etkenlere güvenerek hareketini sürdürdüğüne ilişkin herhangi bir bilgi ve belirlemenin bulunmadığının anlaşılması karşısında, bilinçli taksirin koşullarının oluşmadığı nazara alınmadan, eylemin sadece sanığın alkollü olmasına bağlı olarak bilinçli taksirle işlendiğinin kabulü ile sanık hakkında hükmolunan cezada 5237 sayılı TCK'nın 22/3 maddesi gereğince arttırım yapılmak suretiyle fazla ceza tayini,...”, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2012/3556, K. 2013/1727, 21.01.2013, ÖZBEK – DOĞAN – BACAĞIZ, 492.

onbir metre genişliğinde, orta refüjle bölünmüş, üç şeritli, tek yönlü, hafif virajlı, asfalt kaplama ve havanın yağışlı olması sebebiyle ıslak olan yol” olarak nitelendirildiği; bu hususların, sanığın hızını “*aracının teknik özellikleri*”nin yanı sıra bilhassa “*hava ve yol durumunun gereklerine göre ayarlamaması*” bakımından dikkate alındığı görülmektedir⁴⁹. Keza Yargıtay’ın bilinçli taksirin oluştuğuna kanaat getirdiği bir başka kararına konu olan trafik kazasında olduğu gibi, olayın “*açık havada, meskûn mahal dışında, bölünmüş, tek yönlü, 15,5 metre genişliğindeki yüzeyi kuru, asfalt kaplama, eğimsiz düz yolda*” meydana gelmesi trafik kazasına sebebiyet verilmesinde kusurun tespiti açısından göz önünde bulundurulabilir⁵⁰.

⁴⁹ “Sanığın sevk ve idaresindeki otobüsle gündüz vakti, meskûn mahalde, yaklaşık onbir metre genişliğinde, orta refüjle bölünmüş, üç şeritli, tek yönlü, hafif virajlı, asfalt kaplama ve havanın yağışlı olması sebebiyle ıslak olan yolun sol şeridinde seyir halinde iken, sağa yönelen viraja hızla yaklaşmış, altmış yetmiş metre ilerisinde yolun sol şeridinde meydana gelen maddi hasarlı trafik kazasını ve yolda bulunan reflektörleri gördüğünde fren tedbirine başvurup sola doğru manevra yaptığı, ancak süratini aracının teknik özellikleri ile hava ve yol durumunun gereklerine göre ayarlamaması ve aşırı hızı dolayısıyla direksiyon hâkimiyetini kaybedip orta refüje çıktığı, orta refüjde otuz metre giderek, öncesinde araçlarının kaza yapması sebebiyle gelen araçları uyarmak için sol şeride belirli aralıklarla iki adet reflektör koyan ve orta refüje çıkan şahıslara ve ardından aydınlatma direğine çarptığı, kaza neticesinde üç kişinin öldüğü, kendisinin de basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralandığı, bilirkişi raporları doğrultusunda tam kusurlu bulunduğu sabit kabul edilen olayda, yerel mahkeme tarafından, iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasını gerektiren taksirle üç kişinin ölümüne neden olma suçunda, iki sınır arasında temel ceza belirlenirken, “suçun işleniş biçimi, failin taksire dayalı kusurunun yoğunluğu, meydana gelen zararın ağırlığı ve maddede öngörülen hapis cezasının alt sınırı” nazara alınarak, tam kusurlu olarak meydana getirdiği trafik kazası sonucu, kazada herhangi bir kusuru bulunmayan üç kişinin ölümüne sebebiyet veren sanık hakkında, dosya muhtevası ile adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun şekilde asgari haddenden biraz daha fazla uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerektiği gözetilmelidir.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/12-411, K. 2016/133, 15.03.2016.

⁵⁰ “Kazadan 41 dakika sonra yapılan ölçümde 70 promil alkollü olduğu belirlenen sanığın olay günü gündüz saat 18:15 sularında açık havada, meskûn mahal dışında, bölünmüş, tek yönlü, 15,5 metre genişliğindeki yüzeyi kuru, asfalt kaplama, eğimsiz düz yolda idaresindeki otomobille, arkadaşının idaresindeki araçla yarış halindeyken, trafikteki araçların

Kuşkusuz, bilinçli taksir bakımından dışsal koşulların tek başına bir unsur oluşturduğu söylenemez. Gerçekten, bilinçli taksirden bahsedebilmek için gereken failin öngördüğü husus olarak netice, suçun maddi unsurlarından biridir⁵¹. Oysa kural olarak, olayın içerisinde cereyan ettiği dışsal koşullar örneğin öldürme ya da yaralama suçlarının maddi unsurlarından değildir. Bununla beraber, hayatın olağan akışında her davranış subjektif ve objektif çok sayıda etmenin tesiri sonucunda meydana geldiğine göre, bilinçli taksirin söz konusu olabileceği bir trafik kazasından dolayı oluşan cezai sorumluluk düzeyinin belirlenmesinde dışsal koşulların önem taşıdığı söylenebilir.

Gerçekten, bilinçli taksirin varlığının tespitinde olayın gerçekleşme şekline ilişkin her ayrıntı, yol güzergâhının yapısı, niteliği, mağdurların bulunduğu konumun özellikleri potansiyel olarak etkili olabilir. Örneğin yolun “*yana düz çizgi ile bölünmüş cadde*” niteliğinde olması, mağdurların “*okul önünde bulunan otobüs durağında bekleyen*” kişiler olması dahi failin kusurunun belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir⁵². Zira yolun fiziki özellikleri nitelik olarak daha yüksek

arasından makaslama yaparak şerit değiştirdiği esnada direksiyon hâkimiyetini kaybederek önünde aynı istikamete doğru idaresindeki kamyonetle seyreden katılanın idaresindeki araca arkadan tam kusurlu olarak çarpması şeklinde gelişen olayda, bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu nazara alınmadan 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesinin uygulanmaması suretiyle...”, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2013/18930, K. 2014/10543, 30.04.2014, KARAASLAN, s. 221-222.

⁵¹ ARTUK – GÖKCEN – ALŞAHİN – ÇAKIR, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 382.

⁵² “*Olay günü sanığın sevk ve idaresindeki otomobil ile hız sınırının 50 km olduğu ve yan yana düz çizgi ile bölünmüş caddede seyirle olay mahalline geldiğinde, kendi beyanına göre önünde ve kendisiyle aynı istikamette seyretmekte olan sanığın idaresindeki otomobili geçmek için yolun soluna geçtiği sırada, sanığın idaresindeki otomobilin sağ kapı kısmının sanık idaresindeki otomobilin sol yanı ile temas etmesi sonucu, sanığın araç hâkimiyetini kaybedip sağa yönelen 16 metre tekerlek izi ile sağdaki okul önünde bulunan otobüs durağında bekleyen ölenlere çarparak yoldan çıkıp 23 metre ileride şarampole düşmesi, diğer sanığın ise 18 metre önünde aynı yöne seyreden kamyonetin arkasına çarparak hâkimiyetini kaybedip 35 metre ileride yoldan çıkıp şarampole girmesi şeklinde meydana gelen olay akabinde düzenlenen kaza tespit tutanağında, her iki aracın sürtünme anının, her iki sanığın seyrettiği yol bölümünün ortalarında gösterildiği, bilirkişi tespitlerine göre de, her iki araç yan yayana geldiklerinde*

ve böylece sürücü nispeten daha iyi sürüş koşullarına sahipse veya mağdurların bulunduğu konum, sürücülerin daha dikkatli ve özenli davranmalarını gerektiren bir konum ise duruma göre failin kusurunun daha fazla, basit taksirden daha yüksek olma ihtimalinin arttığını savunmak mümkündür. O halde olayın meydana geldiği esnada geçerli olan hava durumu, olay yerinin meskûn yer olup olmaması, yolun fiziki ve teknik nitelikleri, mağdurların olay anındaki konumu gibi faile bağlı olmayan, ancak failin davranışının niteliğinin aydınlatılmasına katkıda bulunan dışsal şartlar doğrudan ve ayrı ayrı olmamakla beraber, bir bütün olarak kusurun tayininde önemsiz etmenler olarak sayılamaz.

IV. TRAFİK KAZALARINDA OLASI KASTIN TESPİTİ İÇİN DEĞERLENDİRİLEBİLECEK KISTASLAR

A. Bilinçli Taksir – Olası Kast Ayrımının Genel Yapısı ve Trafik Kazalarının Bu Ayrım Bakımından Önemi

Bilinçli taksir ve olası kast hallerinin her ikisinde de failin, meydana gelmesi imkân dâhilinde olan “neticenin öngörüsüne sahip bulunması” söz konusudur⁵³. Bu çerçevede, bir suçun niteliğini değiştirecek ölçüde önemli olan bilinçli taksir ve olası kast ayrımında temel kıstas, bilinçli taksirde failin neticenin gerçekleşmesini istememesi

birbirlerine yakın ve yapışık seyretmeleri sonucunda temas sağlandığı, sanıkların kendi beyanlarına göre, olay öncesi birbirlerini tanıyan her iki sanığın olay anından 1-2 dakika önce araç ile seyir halinde iken birbirlerini gördükleri, tanıkların beyanlarına göre de, olay öncesi her iki sanığın yan yana durup bir süre konuştuktan sonra çok süratli bir şekilde harekete geçip yarış halinde seyirlerine devam ettikleri, bilirkşi tespitlerine göre ise, her iki aracın yan yana temas ettikleri nokta itibariyle sanıkların yarış halinde olduklarının kabul edildiği anlaşılınca, bu belirlemeler karşısında, meskûn mahal şartlarının çok üzerinde bir hızla ve diğer sanık idaresindeki araç ile yarışır vaziyette seyreden sanığın olayın meydana gelmesine bilinçli taksirle sebebiyet verdiği kabul edilerek sanık hakkında TCK'nın 22/3 maddesi hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi; bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2017/248, K. 2017/1603, 02.03.2017.

⁵³ TOROSLU, Haluk, “Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 126, 2016, ss. 95-122, s. 109.

ve bunun için elinden geleni yapması⁵⁴, olası kastta ise failin neticeyi mümkün ya da muhtemel görmesine rağmen⁵⁵ neticenin gerçekleşmesine karşı aldırışsız, kayıtsız kalması, bu neticeyi umursamamasıdır⁵⁶. Ancak soyut olarak kolay şekilde yapılabilecek bu tasnifi, farklı türdeki ihlallerin ve çok sayıda bireysel ya da dışsal etmenin rol oynadığı somut olayda uygulamanın çoğu zaman güç olduğu açıktır.

Özellikle vurgulamak gerekir ki, bilinçli taksir ve olası kast ayrımı bakımından Yargıtay'ın içtihat değişikliği olarak nitelendirilen ve bazı açılardan eleştirilen 2019 yılında verdiği bir kararın konusunun da trafik kazası olması⁵⁷, trafik kazalarının söz konusu ayırım bakımından ne denli önemli bir olay kategorisi oluştuğunu göstermektedir. Söz konusu karar bağlamında, ölüm neticesinin “öngörölmüş olması” ile “kabullenilmesi”nin ayırt edilmesinin, ölen şahısların sanığın arkadaşları olması karşısında, sanığın kabullendiği neticenin aslında ölümler değil, trafik kazası yapması olmasının bilinçli taksir ile olası kastın farkının ortaya konulması açısından büyük önem arz ettiği açıktır⁵⁸. Ayrıca, genel bir tespit yapmak gerekirse, sözü edilen kararın verilmesinden önce trafik kazalarında olası kast sorumluluğuna gidilmesinin nispeten daha az olması, örneğin öldürme suçunun olası kastı da içeren manevi unsuruna dair incelemelerde trafik kazası mahiyetindeki olaylara daha ziyade taksir bağlamında ve nispeten az yer verilmesi⁵⁹ ya da yer verilmemesinden⁶⁰ de anlaşılabilir.

⁵⁴ YILDIZ, Ali Kemal, “Taksirle Öldürme”, *Özel Ceza Hukuku, Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar -1- (TCK m. 81-105)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 104.

⁵⁵ DEMİRBAŞ, s. 413.

⁵⁶ YOKUŞ SEVÜK, Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2020, s. 52-53.

⁵⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/545, K. 2019/504, 27.06.2019, DOĞAN, Koray, “Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayırımında İctihat Değişikliğinin Değerlendirilmesi”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 64, 2020, ss. 331-378, s. 331, s. 374 vd.

⁵⁸ DOĞAN, s. 373-375.

⁵⁹ Bkz: KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2023, s. 218 vd.

⁶⁰ Bkz: CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I*, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 38 vd.; ÖZEN, Mustafa, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, 5. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2020, s. 102.

Diğer taraftan, olası kastın, ihmal suretiyle icra suçlarında dahi, failin neticeyi öngörmesine karşılık bunu önlemeyi ihmal edip kayıtsız kaldığı hallerde uygulanabildiği kabul edilirse⁶¹, özellikle bu tür şartların gerçekleşmesine elverişli olan trafik kazalarında olası kast ile bilinçli taksir ayrımının oldukça kapsamlı bir uygulama sahası olduğu kendiliğinden anlaşılacaktır.

Öte yandan, bilinçli taksir ile olası kast arasındaki ayrımın teorik düzlemde dahi oldukça güç olduğunu, bazı yazarların bilinçli taksiri, taksirin bir alt türü olarak değil, olası kast hali kapsamında değerlendirdiğini not etmek gerekir⁶². O halde trafik kazaları gibi çok yaygın bir uygulama alanını, bilinçli taksir ile olası kast ayrımı konusunda kullanılabilir elverişli bir pratik kıstaslar sahası olarak nitelendirmek mümkündür.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 01.12.2020 tarihli ve E. 2018/386, K. 2020/495 sayılı kararında da vurguladığı üzere,

“... kanun koyucu da madde metninde yer vermediği ‘kabullenme’ ölçüsünü aynı maddenin gerekçesinde; ‘olası kast halinde suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşeceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir, diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir’ şeklinde açıklamak suretiyle, olası kastı bilinçli taksirden ayıracak kıstası ortaya koymuştur. Olası kasıtlı bilinçli taksiri ayırt etme konusunda doktrinde ‘Her ikisi arasındaki ayrımı belirlemek bakımından Frank formülü uygulanmalıdır. Buna göre eğer ‘öyle veya böyle fail her halde hareketi gerçekleştirirdi’ diyebiliyorsak olası kast; ‘neticenin gerçekleşeceğini bilseydi hareketi gerçekleştirmeyecekti’ diyebiliyorsak bilinçli taksirden söz edilir...Her ikisi arasında bir ayrım yapılabilmesi için her somut olay bakımından failin ayrıca neticeyi göze almış, kabullenmiş sayılıp sayılmayacağı yönünde bir değerlendirme yapılması zorunlu görünmektedir.’ şeklinde görüşler mevcuttur”⁶³.

⁶¹ SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 156.

⁶² KOCA – ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 238-239.

⁶³ ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 303-304, ŞEN, Ersan – GÖZÜKAN, Alperen, "Bir Örnek Olay Üzerinden Olası Kast Bilinçli Taksir Değerlendirmesi", 2023, <https://sen.av.tr/>, erişim tarihi: 20.03.2024.

Dolayısıyla kabullenme kıstası bakımından, kabullenilen sonucun tam olarak ne olduğu, olayda bilinçli taksirin mi, yoksa olası kastın mı söz konusu olduğunun anlaşılması bakımından fevkalade belirleyicidir. Olası kast açısından, ölüm ve/veya yaralanma ile sonuçlanan trafik kazalarında mahkemenin trafik kuralı ihlalleri, malvarlığına ilişkin zararlar veya kazanın kendisinin kabullenilmesini değil, esasen öldürme ve yaralanma suçlarının maddi unsurlarını oluşturan ölüm ya da yaralanma neticelerinin kabullenilmesini özenle gözetmesi gerekir. Benzer biçimde öngörülen sonucun kaza mı, yoksa doğrudan suçun neticesi mi olduğu da dikkatle ele alınmalıdır. Aksi halde trafik kazalarında, ilk bakıştaki görünümüleri itibariyle birbirine çok yakın mahiyette olan olası kast veya bilinçli taksir hallerinden hangisinin geçerli olduğu hususunda hataya düşülmesi muhtemeldir.

B. Neticeye Karşı Kayıtsızlık Ya Da Neticeyi Kabullenmek

Failin olası kasttan sorumlu tutulabilmesi için gereken, suçun neticesine karşı kayıtsızlığı veya bir başka deyişle bu neticeyi göze alması ya da kabullenmesi çok çeşitli bilgi ve olgulardan anlaşılabilir.

Şen ve Gözükan'ın basına yansıyan bir olay çerçevesinde yaptığı değerlendirme doğrultusunda, genç ve deneyimsiz bir sürücünün, yoğun trafikte, manevra ve yol tutuş özelliği düşük olan aracını hızlı ve kurallara aykırı biçimde kullandığı, önlemek için gerekenleri yapmadığı ve görmesi gereken diğer araca çarparak sebebiyet verdiği kazadan sonra aracını sürmeye devam ettiği bir olayda, fail sürücünün olası kast sorumluluğundan söz etmek mümkündür⁶⁴. Görüldüğü üzere, sürücünün gerek hayat, gerekse şoförlük tecrübesinin az olması, buna karşılık diğer aracı görebilecek durumda bulunması, trafiğin yoğunluğu ve kullanılan aracın fiziki niteliklerindeki zafiyete rağmen hızlı ve aşırı tedbirsiz şekilde araç kullanması gibi olayın objektif ve subjektif nitelikteki muhtelif özellikleri failin neticeye karşı umursamazlığının ve kayıtsızlığının, dolayısıyla manevi unsurun tespitinde önem taşıyabilmektedir.

Öte yandan, sürücünün çok yüksek düzeyde alkollü olması, aracını bilerek bir arkadaşının üzerine doğru sevk etmesi, bu davranışın

⁶⁴ ŞEN, Ersan – GÖZÜKAN, Alperen, "Bir Örnek Olay Üzerinden Olası Kast Bilinçli Taksir Değerlendirmesi", 2023, <https://sen.av.tr/>, erişim tarihi: 22.03.2024.

kaldırımında bulunan yayalara çarpabileceğini tahmin etmesi, freni kullanmaması, hâkimiyetini kaybettiği aracın şeridini imkânı olmasına rağmen düzeltmeye çalışmaması ve bu suretle kaldırımında oturan mağdura çarpması⁶⁵, neticenin öngörülüp kabullenilerek olası kast sorumluluğunu doğurmak için yeterlidir. Zira olayda yüksek alkol, çok büyük tehlike yaratacak nitelikte şaka biçiminde bilerek yapılan ön eylem, mağdurun meşru koşullarda kaldırımında bulunuyor olması ve nihayet asıl eylemin neticesini önlemek için yapma gücüne sahip olduğu davranışları gerçekleştirmemesi failin suçun neticesine karşı kabullenme tutumunu, umursamazlığını, lakaydisini göstermektedir.

C. Trafik Kurallarına Aykırılığın Etkisi

Trafik kurallarına aykırı davranış sergilemenin, tek başına, bu davranış sonucu meydana gelen netice bakımından olası kast sorumluluğunu gerektirmeyeceği açıktır. Bununla beraber, trafik kurallarına aykırılık teşkil eden davranışın şeklinin, yoğunluğunun veya ağırlığının olayın diğer koşullarıyla birlikte değerlendirildiğinde olası kast sorumluluğu için dayanak oluşturabileceği kabul edilebilir. Örneğin, failin yüksek bir hızla hareket etmesi, ayrıca önce sarı ışıkta, ardından kırmızı ışıkta geçiş ihlali yapması, tek başına olası kasta sebebiyet vermese dahi sürücü failin bir diğer kişinin uyarısına rağmen hızını azaltmaması, olanca hızıyla mağdurun aracına çarpması, mağduru çarpma

⁶⁵ “Sanığın olay tarihinde 170 promil alkollü olarak ilçe merkezinde aracı ile seyir halinde iken direksiyonu arkadaşının üzerine kıldığı, bu hareketi ile yolun sol tarafında kaldırımında bulunan insanlara çarpabileceğini öngördüğü, aracın hâkimiyetini kaybetmesinden sonra frene basıp, aracı kendi şeridine sokma çabası göstermediği, bunun sonucunda da yolun sol tarafındaki kaldırımında oturmakta olan maktule çarparak, multipl kaburga kırığına bağlı gelişen hemapnömotoraks sonucu dolaşım ve solunum yetersizliği sebebi ile ölümüne neden olduğu olayda; sanığın neticeyi öngörmesine rağmen, sonucuna kayıtsız kalarak eylemini gerçekleştirdiği anlaşılmalı, olası kastla insan öldürme suçundan hüküm kurulması gerekirken, yazılı biçimde bilinçli taksirle öldürme suçundan hüküm kurulması...”, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2007/7292, K. 2008/6666, 23.9.2008, GÖKCEN, Ahmet – BALCI, Murat, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 1-2, 2011, ss. 95-218, s. 144-145.

yerinden itibaren çok uzun sayılabilecek sürüklenme ve durma mesafesi ile birlikte değerlendirildiğinde olası kastın varlığına delalet edebilir⁶⁶.

Trafik kurallarının ihlali ile olası kast sorumluluğu arasındaki ilişki önem arz edebilecek bir husus, ihlallerin sayısı, çeşitliliği ve yoğunluğu olabilir. Bir başka deyişle, ölüm ya da yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında failin az ya da çok miktarda ihlalde bulunması, bu ihlallere yol açan kuralların mahiyeti ve türleri, olay esnasında bu ihlallerin gerçekleşme şekilleri dikkate alınabilir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında görüldüğü üzere, failin aynı anda ehliysiz araç kullanması, kırmızı ışıkta geçmesi, ani ve belirgin şerit ihlali yapması, yüksek hızı, daha önceki deneyimi ve eylemiyle benzer şekilde aşırı alkollü halde aracı sevk ve idare etmesi, kavşakta yavaşlamaması, bir başka aracı “*makas tabir edilen biçimde ve yasal hız sınırlarının çok üzerinde bir hızla geçme*”si kümülatif olarak değerlendirilerek “*gerçekleşen muhtemel neticeye kayıtsız kalarak kabullenmesi*”nin ve dolayısıyla “*olası kastla öldürme suçu*”nun göstergesi olarak kabul edilmiştir⁶⁷. Gerçekten, somut olayda bir kişinin gerçekleştirdiği trafik

⁶⁶ “*Olay günü, gündüz, meskun mahalde, sanığın idaresindeki yolcu minibüsü ile Alhanlı kavşağında sarı ışıkta geçiş yaparak geldiği Valilik kavşağında kırmızı ışık ihlali ile geçişine devam edip olay yeri olan Sanayi kavşağına tanık beyanları ile doğrulandığı üzere, 100 km üzerinde bir hızla gelip, burada kendi yönüne yanan kırmızı ışıkta, minibüsün ön koltuğunda yolcu olarak bulunanın Toprakkale yolundan motosikletlinin yola çıktığı uyarısına rağmen, hızını azaltmadan geçişine devam ettiği sırada kendisine hitaben yanan yeşil ışıkta hareket ederek kavşağa giriş yapan ölenin motosikletine çarparak motosikleti 60 metre sürüklemesi ve çarpma noktasından itibaren 120 metre sonra durduğu ve motosiklet sürücüsünün ölümü ile sonuçlanan olayda, oluş ve dosya kapsamına göre kendisine yapılan uyarılara rağmen hızını azaltmadan, kırmızı ışık ihlallerini sürdüren ve bu şekilde meydana gelecek sonucu kabullendiği açıkça anlaşılan sanığın eyleminin, olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu yönündeki mahkeme kabulü isabetli görülmüştür.” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2017/277, K. 2017/1801, 08.03.2017, KARAASLAN, s. 217.*

⁶⁷ “*...sanığın, saat 23.47 sıralarında Dikmen Caddesi istikametine doğru sola dönüşün olduğu ışıklı kavşağa geldiğinde kırmızı ışık ihlali yaparak o esnada boş olan en sol şeritten hızlı bir şekilde geçmeye çalıştığı sırada, karşı yoldan gelen ve kendisine yanan yeşil ışıkla birlikte Dikmen Caddesine geçmek için sola dönüş yapan sürücü ...'in sevk ve idaresindeki... plaka sayılı otomobilin sağ yan tarafına çarptığı, ... saat 00.57'de onaylanan rapora göre sanığın 2,46 promil alkollü olduğu, ...*

ihlallerinin sayısı, çeşitliliği ve yoğunluğu arttıkça o kişinin bu ihlallerin etkisi altındaki nihai davranışının ölüm ve yaralanma başta olmak üzere muhtelif sonuçlarını göze almış olma ihtimalinin arttığı, bu çerçevede belli bir aşamadan sonra sürücünün trafikteki seyirindeki genel tutumunun “ne olursa olsun” şekline büründüğü, dolayısıyla suçun unsuru olan neticeden dolayı olası kastla sorumlu olmasının muhtemel olduğu söylenebilir.

Elbette, failin trafik kazasında trafik kuralları ışığında tespit edilen “trafik” kusurunun yüksek olduğu durumlarda peşinen olası kast sorumluluğunun oluşacağı söylenemez. Bu bakımdan, çeşitli unsurların somut olayın genel mahiyetiyle bağdaşıp bağdaşmadığı ve nispi önemleri göz önünde tutulmalıdır.

*daha önce 1,00 promilin üzerinde alkollü araç kullandığı gerekçesiyle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bulunan ve alkollü araç kullanması nedeniyle sürücü belgesi iptal edilen sanık ...'ın, olay tarihinde de sürücü belgesi alkol sebebiyle iptal edilmiş olmasına rağmen sevk ve idaresindeki kamyonet cinsi araçla trafiğe çıktığı, sanığın kaza anında emniyetli sürüş yeteneğini olumsuz olarak etkileyecek ölçüde alkollü olduğu, sanığın kazadan hemen önce yolda bir iki aracı makas atarak geçtiği, ışıklı kavşağa yaklaştığı sırada hızını azaltmadığı gibi kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen durmayarak kavşaktan hızlı bir şekilde geçtiği, hızlı bir şekilde o esnada boş olan en sol şeritten geçmesi ve muhtemel olan neticenin meydana gelmesi suretiyle o sırada Dikmen Caddesine geçmek için yeşil ışıkla birlikte sola dönüş yapan sürücü ...'in sevk ve idaresindeki araca çarparak ...'in ölümüne neden olması, ... fren yapmadığı ve hızını azaltmadığı sabit olan sanığın, öngördüğü muhtemel neticeyi engelleme çabasının ya da neticeyi göze almadığına dair bir davranışının bulunmaması, başka bir ifadeyle gerçekleşen muhtemel neticeye kayıtsız kalarak kabullenmesi, ayrıca somut olayın kanun koyucu tarafından olası kastın düzenlendiği madde gerekçesinde belirtilen örnek olaydaki gibi gerçekleştiğinin anlaşılması karşısında sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/121, K. 2019/518, TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayınları, 2023, s. 139.*

D. Olası Kast Bakımından Dışsal Koşulların Etkisi

Sürücü konumundaki failin iradesi dışında olan, ancak özgür iradesiyle gözetme yükümlülüğü olan dışsal koşullar, olası kastın tespitinde tek başına belirleyici nitelikte olmasa da olayın diğer özellikleriyle birlikte gözetilebilir.

Yargıtay'ın bir kararına konu olduğu üzere, “gece vakti, meskûn mahalde, zemini ıslak nemli, bölünmüş asfalt kaplama devlet karayolu” şeklindeki zaman, mekân ve yola ilişkin dışsal koşullar, münhasır bir öneme sahip olmamakla beraber çok yüksek hız, alkollü olma, makas atma, kırmızı ışık ihlali, uyarılar üzerine önce yavaşlayıp sonra uyarıları göz ardı ederek yeniden hızlanma hal ve davranışlarıyla birleştiğinde⁶⁸ ikincil de olsa bir öneme sahip sayılabilir. Zira olayda vaktin görüş

⁶⁸ “...olay günü sanığın sevk ve idaresindeki araç ile gece vakti, meskûn mahalde, zemini ıslak nemli, bölünmüş asfalt kaplama devlet karayolunda, araç içerisinde yolcu olarak bulunan yolcular ile seyir halinde iken, kendisi ile aynı istikamette önünde seyir halinde olan müştekinin sevk ve idaresinde bulunan aracı, makas tabir edilen biçimde ve yasal hız sınırlarının çok üzerinde bir hızla geçmeye çalıştığı, bu sırada aracının sağ orta kısımlarıyla, sağ şeritte seyreden ve müştekinin sevk ve idaresinde bulunan aracın sol arka yan kısımlarına çarpmasıyla, direksiyon hâkimiyetini kaybederek orta refüjde bulunan demir çitlerin 10 metrelik kısmını devirdikten sonra müştekinin aracını yan yatırmak suretiyle durması ile gerçekleşen çift taraflı ölümlü trafik kazasında, iki kişinin ölümüne bir kişinin de basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasına sebebiyet verdiği somut olayda; sanığın 1,12 promil alkollü vaziyette şehir içinde seyir halinde iken, aracı çok hızlı kullandığı, kırmızı ışıklarda durmayarak yoluna devam ettiği, sanığın aracında bulunan tanıklar tarafından uyarılması üzerine sanığın yavaşladığı, hızını tekrar artırması üzerine uyarıldığında sanığın bu kez yapılan ikazları duymamak için müziğin sesini açtığı, tanık beyanları itibarıyla sanığın kullandığı aracın ibresinin 140 kilometreyi gösterdiği, kendisiyle aynı istikamette bulunan ve kırmızı ışıkta bekleyen fakat sanığın geçişi esnasında yeşil ışık yanması üzerine hareket eden araçların arasından birden fazla defa makas atmak suretiyle geçtiği anlaşılmakla, kendisine yapılan uyarılara rağmen sanığın eylemine devam edip seyrini sürdürmekle meydana gelecek neticeyi kabullendiği anlaşılmakla, sanığın eylemini olası kast ile işlediği ve olası kast hükümleri uygulanmak suretiyle cezalandırılması yerine suç vasfında yanılığa düşülerek, bilinçli taksir hükümleri uygulanmak suretiyle, mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2018/3564, K. 2018/6753, 13.06.2018, KARAASLAN, s. 221.

mesafesinin daha kısıtlı olabileceği biçimde gece, yerin yayaların daha çok bulunma ihtimali olan bir meskûn mahal, zemininse ıslak ve kaygan olması sürücünün çok daha dikkatli şekilde araç kullanmasını gerektirmektedir. Ayrıca yolun bölünmüş ve asfalt devlet karayolu olması failin kusurunu azaltma ihtimali olan, öngörülemez bir yol standardı sorununun olmadığına işaret olarak değerlendirilebilir. Bir başka deyişle, dışsal koşullar, sürüş şeklini ve “gereklerini” olumsuz ya da olumlu biçimde etkileyebilecek ikincil unsurlar olarak failin kusur düzeyi üzerinde, olası kast sorumluluğunun oluşmasında tesiri görülebilecek şartlar olmaları yönüyle dikkate alınabilir.

Dışsal koşullar bağlamında, olayın gerçekleştiği yerde zeminin ıslak ya da kuru olması, yolun yapıldığı malzeme gibi hususların yanı sıra; aydınlatmanın olup olmaması, aracının türü, trafiğin yoğunluk derecesi ve yolun genişliği de birer harici etken olarak gözetilebilir. Örnek olarak, failin pek çok trafik kuralını ihlal etmiş olması olayın “*aydınlatmanın olduğu, görüşe engel bir durumun bulunmadığı ... dört şeritli, düz, kuru ve asfalt yolda*”, “*kamyonet cinsi araçla*”, “*yerleşim yerinde*”, “*gece vakti de olsa yoğun bir trafik akışı olan ışıklı kavşak*”ta, söz konusu dışsal koşullarda meydana gelmesiyle birlikte değerlendirilerek olası kast sorumluluğu bakımından dikkate alınabilir⁶⁹. Gerçekten, söz konusu vakada, gece vakti meydana gelen olay mevkiinde aydınlatmanın yeterli olması sürücünün görüşünü engelleyen ışıktan kaynaklanan bir sorunun olmadığına göstergesidir. Keza yolun dört şeritli olması genişlik itibariyle, engebesiz ve kuru olması da fiziki özellikler itibariyle sürüş koşullarının sürücü için oldukça avantajlı olduğuna işaret etmektedir. Böylelikle, söz konusu dışsal koşulların

⁶⁹ “...aydınlatmanın olduğu, görüşe engel bir durumun bulunmadığı, azami hız sınırının otomobiller için 82, kamyonet cinsi araçlar için 70 km/saat olduğu, dört şeritli, düz, kuru ve asfalt yolda seyir hâlinde olan sanığın, ... kamyonet cinsi araçla trafiğe çıktığı, ... Yerleşim yerinde bulunan ve gece vakti de olsa yoğun bir trafik akışı olan ışıklı kavşağa yaklaşan sanığın, ... yeşil ışıkla birlikte sola dönüş yapan sürücü ...'in sevk ve idaresindeki araca çarparak ...'in ölümüne neden olması, kaza tespit tutanağı ve tanık ifadelerine göre fren yapmadığı ve hızını azaltmadığı sabit olan sanığın, öngördüğü muhtemel neticeyi engelleme çabasının ya da neticeyi göze almadığına dair bir davranışının bulunmaması, başka bir ifadeyle gerçekleşen muhtemel neticeye kayıtsız kalarak kabullenmesi, ... karşısında sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu...”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/121, K. 2019/518, TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 139.

olumlu olmasının başta failin ağır kusurlu davranışları olmak üzere olayın diğer özelliklerinin önem ve ağırlığını artırdığı kabul edilebilir.

Diğer yandan, olası kast bakımından önem arz edebilecek şekilde, hava koşulları gibi failin kullandığı aracın yapısı, cinsi ya da fiziki özellikleri de failin iradesine bağlı olmadığı halde gözetme yükümlülüğü olan dışsal koşullardan sayılabilir. Hatta bu özelliklerin olayda olası kast yerine doğrudan kastın varlığının kabulü üzerinde etkili olması mümkündür. Bu bağlamda Yargıtay, bir kararında, “*havanın aydınlanmış olduğu şartlarda*”, kolluk tarafından durdurulmak için çaba harcadığı halde ısrarla durmayan sürücü failin kullanmakta olduğu “*kamyonetin ölüm sonucunu gerçekleştirmeye yönelik elverişliliği*”ni, “*maktulün üzerine doğru gelen kamyonete karşı savunma geliştirme imkanının bulunmayışı*”nı dikkate alarak “*ölüm sonucunun mutlak ve kaçınılmaz olduğu*”na, dolayısıyla doğrudan kastla öldürme suçunun oluştuğuna hükmetmiştir⁷⁰. O halde, trafik kazasına karışan araçların boyutu, ağırlığı, manevra kabiliyeti, türü, diğer araçlara kıyasla çarpması halinde doğabilecek zararın büyüklüğü dahi, kaza sonucu meydana gelen ölüm veya yaralanmalardan dolayı ortaya çıkan failin kusurunun olası kast veya daha ağır bir düzeyde olması üzerinde tesiri görülebilecek dışsal koşullardan sayılmalıdır.

⁷⁰ “*Sanığın, kaçak çay taşıdığı kamyonetiyle jandarma personelince tertip edilen kontrol noktasına doğru geldiği, havanın aydınlanmış olduğu şartlarda Jandarma personeli tarafından durması hususunda uyarıldığı, sanığın dur ihtarına uymayarak hızını artırdığı, maktul Jandarma eri Cüneyt tarafından yola lastik patlatan ekipmanın atılması üzerine sanığın manevra yaparak yoldan çıktığı, maktul ...'in bulunduğu tarafa doğru hız kesmeden kaçma girişimine devam ederek maktul ...'e kamyonetiyle çarparak maktulün ölümüne neden olduğu ve olay yerinden kaçtığı anlaşılan olayda, A- Suçun işlenişinde araç olarak kullanılan kamyonetin ölüm sonucunu gerçekleştirmeye yönelik elverişliliği ve maktulün üzerine doğru gelen kamyonete karşı savunma geliştirme imkanının bulunmayışı nazara alındığında; ölüm sonucunun mutlak ve kaçınılmaz olduğu, bu şartlarda sanığın eylemini sonucunu bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği anlaşılmalı, sanığın maktul ...'e yönelik doğrudan kastla nitelikli öldürme suçundan cezalandırılması yerine, yanlıgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde olası kastla nitelikli öldürme suçundan hüküm kurulması,...”*, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2018/933, K. 2019/5235, 27.11.2019, Yargıtay Başkanlığı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 31.03.2024.

V. SONUÇ

Trafik kazaları açısından bilinçli taksir ve olası kastın incelenmesi ile varılabilecek sonuçlardan ilki, trafik kazalarının sayısındaki ciddi düzeyde artışın etkisiyle bilinçli taksirin ve olası kastın olay tipi itibariyle uygulama alanının genişlemesi ve bu durumun suçun manevi unsuru kapsamındaki teorik tartışmalara katkı sunma imkânıdır. Gerçekten, teknolojinin ve fiziki hareketliliğin gelişme süratinin etkisiyle toplumsal yaşamda gerçekleşen trafik kazalarının ve bu kazalardaki insan unsuruna dayanan hatalar dolayısıyla meydana gelen ölümlerin ve yaralanmaların sayısının giderek arttığı bir vakıadır. Bu durum dolayısıyla, giderek yaygınlaşan bir uygulama alanı olarak trafik kazalarının, bilinçli taksir ve olası kast bağlamında, bu iki halin ayrımı, neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin güvenin mahiyeti ve muhtemel nedenleri, neticenin kabullenilmesi, gerçekleşmeyeceği düşünülen veya kabullenilen neticenin kaza mı, yoksa suçun neticesi olarak ölüm veya yaralanma mı olduğu hususu ve riskli faaliyet/trafik kusuru ile ceza hukuku anlamında kusurun ayırt edilmesi bakımından oldukça dikkate değer olduğu söylenebilir.

Konunun incelenmesi ile ulaşılabilecek bir diğer sonuç, gerçekleştirilen davranışın ağırlığı ile yaptırım arasında orantının sağlanması (TCK m. 3/1) ile ilgilidir. Gerek Yargıtay içtihatlarına konu olan olayların yapısı, gerekse günlük hayat tecrübesi ışığında görüldüğü üzere, trafik kazalarının çok çeşitli biçimlerde ve şartlarda gerçekleşebilmesi, çok farklı kusur derecelerinin söz konusu olabileceğine işaret etmektedir.

Bilindiği üzere bilinçli taksirin, basit taksire göre daha ağır ve olası kastın doğrudan kasta göre daha hafif bir yaptırımı gerektirdiği dikkate alınır; Kanun'da iki temel kusur hali olan (doğrudan) kast ve (basit) taksire ek olarak sözü edilen sorumluluk hallerinin öngörülmesi, davranış ile ceza veya güvenlik tedbiri arasındaki orantının sağlanması amacına hizmet etmektedir. Ne var ki, sözü edilen orantının sağlanması, mahkemenin, gerekli orantılı yaptırımı Kanun'la ilgili suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında uygun şekilde tayin etmesiyle de temin edilebilir. Dolayısıyla, suçun ağırlığı ile cezanın ağırlığı arasındaki oranı adalet ve hakkaniyete uygun şekilde belirlemenin tek yolu, kastın ve taksirin kendi içinde derecelendirilmesi ve bu sorumluluk derecelerinin kullanılması değildir.

Üstelik bazı hallerde, aynı suç tipi bakımından, daha az cezayı gerektiren kusur statüsüne istinaden mahkemece cezanın alt ve üst sınırı arasında makul şekilde kusurun ağırlığı dikkate alınarak nispeten yüksek olarak belirlenecek ceza miktarı, daha fazla cezayı gerektiren kusur statüsüne istinaden verilebilecek cezaya yaklaşık olarak eşit, hatta bu cezadan fazla bile olabilir. Örneğin, iki kişinin ölümüyle sonuçlanan bir trafik kazası çerçevesinde işlenen öldürme suçu bakımından mahkeme, basit taksirle öldürme suçundan, kusurun ağırlığını gözeterek alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle sözgelimi üç yıl, hatta on beş yıla kadar hapis cezasına (TCK m. 85/2) hükmedebilirken; aynı olayda koşulları oluştuğunda bilinçli taksirle öldürme suçundan gerekli artırımı da dâhil olmak üzere yalnızca üç yıl hapis cezasına (TCK m. 85/2,m. 22/3) hükmedebilir. Keza benzer bir örneğin, öldürme suçu bakımından olmasa da yaralama suçu bakımından olası kastta dahi; sözgelimi basit tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif bir sonuç söz konusu olduğu varsayımında, olası kastla yaralama ve bilinçli taksirle yaralamaya istinaden verilebilecek azami veya asgari cezalarda da düşünülmesi (TCK m. 86/2, m. 89/1, m. 21/2, m. 22/3, m. 43/1) mümkündür. O halde, özellikle gerçekleşme şekli oldukça çeşitlilik arz eden trafik kazaları çerçevesinde işlenen öldürme veya yaralama suçları bakımından, fiilin (kusurun) ağırlığı ile ceza arasındaki orantının, kast ve taksirin kendi içinde derecelendirilmesinden bağımsız olabileceği kabul edilebilir. Dolayısıyla, yürürlükteki hukuka göre, sözü edilen bireyselleştirilmiş nihai cezada adalet ve orantı ilkesinin hayata geçirilmesinde, mahkemeye somut olayın koşullarını titizlikle göz önünde bulundurarak cezayı en makul seviyede belirlemek hususunda çok önemli bir görev düşmektedir.

Olası kast ve bilinçli taksirin trafik kazası niteliğindeki olaylar çerçevesinde uygulanması bağlamında çıkarılabilecek bir diğer sonuç, genellikle sürücü konumunda olan failin kusurlu davranışında çok sayıda objektif ve subjektif koşulun rol oynaması olgusu ve bilhassa somut olayın meydana geldiği dışsal koşulların önemidir. Çeşitli Yargıtay içtihatlarında kaza ve suç mevkiinin meskûn mahal veya yerleşim yeri dışında olması, hava durumu (yağış vs.), ışık veya aydınlatma durumu, trafik yoğunluğu, olayın meydana geldiği yolun genişliği, şerit sayısı, zemin malzemesi, kuru ya da ıslak olması gibi somut veya teknik özellikleri, yolun yatay olarak eğimi, istikamet olarak düz ya da virajlı olması gibi topografik özellikleri, yolun üzerinde doğal ya da doğal olmayan engel bulunup bulunmaması gibi fiziki özellikler ve nihayet sürücünün görüş imkânı ve mesafesinin doğrudan olmamakla beraber dolaylı biçimde göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır. Ancak ceza

mahkemesinin olası kast ya da bilinçli taksir çerçevesinde kusurun tam olarak belirlenmesinde sözü edilen dışsal koşulların failin kusur düzeyi üzerindeki olumlu veya olumsuz etkisini özenle değerlendirmesi, kuracağı hükmün gerekçesinde somut olayın sair özelliklerinin yanı sıra bu koşulların etkisine de mümkün olduğunca açıkça yer vermesi önem taşımaktadır.

Öte yandan, konuya ilişkin içtihatlarla genel olarak bakıldığında trafik kazası sonucu meydana gelen ölüm veya yaralanmalardan dolayı oluşan cezai sorumluluk bakımından olası kastın varlığına hükmedildiği kararların, basit taksir ve bilinçli taksirin varlığına kanaat getirildiği kararlardan daha az olması dikkat çekicidir. Bununla beraber, son yıllarda, bu eğilimin belli ölçüde değiştiği, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E. 2018/545, K. 2019/504 sayılı ve 27.06.2019 tarihli kararının bu konuda değişimi yansıtan bir örnek olarak değerlendirilebileceği görülmektedir. Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, ölümlü/yaralanmalı trafik kazalarında ölüm ya da yaralanma neticelerinin kabullenilmesi başta olmak üzere şartları olduğu takdirde olası kastın oluştuğuna hükmedilmesinden kaçınılması, bireylerin hayatı ve vücut bütünlüğünün korunması ile trafik güvenliğinin temini bakımından önemli bir hukuki işleve sahiptir.

KAYNAKÇA

- ARTUK, M. Emin – GÖKCEN, Ahmet – ALŞAHİN, M. Emin – ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2017.
- BOULOC, Bernard: Droit pénal général, 24e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2015.
- CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- DOĞAN, Koray: “Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayırımında İçtihat Değişikliğinin Değerlendirilmesi”, Adalet Dergisi, Sayı: 64, 2020, ss. 331-378.
- DÖNMEZER Sulhi – ERMAN, Sahir: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt II, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- FULL&EGAL: <https://www.fullegal.com/>.
- GÖKCEN, Ahmet – BALCI, Murat: “Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 1-2, 2011, ss. 95-218.
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2023.
- HALL, Daniel E.: Criminal Law and Procedure, 4th edition, Thomson/Delmar Learning, New York, 2004.
- İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1967.
- KARAASLAN, Reşit: “Ölüm Veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayırımı ve Objektif

- İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 145, 2019, ss. 203-272.
- KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2023.
- MAYAUD, Yves: Droit pénal général, 4e édition, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2013.
- ÖZBEK, Veli Özer – DOĞAN, Koray – BACAĞSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ÖZEN, Mustafa: Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 5. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2020.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- PRADEL, Jean: Droit pénal général, 18e édition, Éditions Cujas, Paris, 2010.
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- SUNGUR, İslim – AKDUR, Recep – PİYAL, Birgül: “Türkiye’deki Trafik Kazalarının Analizi”, Ankara Medical Journal, 2014, Cilt: 14, Sayı: 3, ss. 114-124.
- ŞEN, Ersan – GÖZÜKAN, Alperen: “Bir Örnek Olay Üzerinden Olası Kast Bilinçli Taksir Değerlendirmesi”, 2023, <https://sen.av.tr/>.
- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayınları, 2023.
- TOROSLU, Haluk: “Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 126, 2016, ss. 95-122.
- TÜRK HUKUK SİTESİ: <https://www.turkhukuksitesi.com/>.

ÜNVER, Yener: “YTCK’da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 1, 2006, ss. 37-73.

YARGITAY BAŞKANLIĞI: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

YAŞAR, Osman – GÖKCAN, Hasan Tahsin – ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.

YENERER ÇAKMUT, Özlem – ÇAKMUT, Alp: “Taksir Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 76, Sayı: 2, 2002, ss. 424-454.

YILDIZ, Ali Kemal: “Taksirle Öldürme”, Özel Ceza Hukuku, Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar -1- (TCK m. 81-105), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

YİĞİT, Onur: “Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 2, 2013, ss. 113-136.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2020.

**KÜLTÜRLERARASI ARABULUCULUĞUN TOPLUMSAL
UYUM ÜZERİNDEKİ POZİTİF ETKİLERİ: AVRUPA
BİRLİĞİ’NİN GÖÇMEN ENTEGRASYON POLİTİKASI
KAPSAMINDA BELÇİKA ÖRNEK UYGULAMASI VE
TÜRKİYE’NİN DURUMU**

Bavver KILIÇOĞLU *

ÖZ

Kültürlerarası arabuluculuk, farklı kültürlerle mensup bireyler arasında yaşanan uyuşmazlıkların/çatışmaların çözümünde en etkili yöntemlerden biri olarak kabul görmektedir. Yabancı göçmenlerin ev sahibi ülkelerde, temel haklara erişimini kolaylaştırma fonksiyonu sebebiyle, kültürlerarası arabuluculuk, devletlerin göçmen entegrasyon politikalarını onarıcı bir rol üstlenmektedir.

Bu çalışmada, Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan raporlarda “kültürlerarası arabuluculuk” için örnek olarak gösterilen Belçika uygulaması, Avrupa Birliği kapsamında incelenmiştir. Ayrıca, bu örnek uygulama üzerinden, farklı kültürlerle mensup bireyler arasında meydana gelebilecek çatışmaların önlenmesi ve var olan çatışmaların çözümü konusunda

* Arş. Gör. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: bawer_3521@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-6104-7521.

Makalenin Gönderim Tarihi : 20.12.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 21.05.2024.

Kültürlerarası Arabuluculuğun Toplumsal Uyum Üzerindeki Pozitif Etkileri: Avrupa Birliği'nin Göçmen Entegrasyon Politikası Kapsamında Belçika Örnek Uygulaması ve Türkiye'nin Durumu
Türkiye açısından “kültürlerarası arabuluculuk” sisteminin üstlenebileceği kritik roller açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kültürlerarası arabuluculuk, göçmen, kültür, çatışma, entegrasyon.

THE POSITIVE EFFECTS OF INTERCULTURAL MEDIATION ON SOCIAL ADAPTATION: THE EXAMPLE OF BELGIUM'S IMPLEMENTATION WITHIN THE EUROPEAN UNION'S MIGRANT INTEGRATION POLICY AND THE SITUATION TÜRKİYE

ABSTRACT

Intercultural mediation is recognized as one of the most effective methods for resolving disputes/conflicts between individuals from different cultures. Due to its function of facilitating foreign migrants' access to basic rights in host countries, intercultural mediation plays a restorative role in states' migrant integration policies.

In this study, the Belgian practice, which is cited as an example for “intercultural mediation” in reports prepared by the European Union and the United Nations, is analyzed within the context of the European Union. Furthermore, through this case study, the critical roles that “intercultural mediation” can play for Türkiye in preventing conflicts between individuals from different cultures and resolving existing conflicts are explained.

Keywords: Intercultural mediation, migrant, culture, conflict, integration.

I. GİRİŞ

Göç, belirli bir coğrafi bölgeden başka bir bölgeye gruplar halinde insanların özel hareketlerini içeren bir sosyal olguyu ifade eder¹.

¹ Chetail, Vincent: The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law, Research Handbook on International Law and

Göçmen ise Birleşmiş Milletlerin tanımına göre, “*sebepleri, gönüllü olup olmaması, göç yolları, düzenli veya düzensiz olması fark etmeksizin yabancı bir ülkede bir yıldan fazla ikamet eden bir birey*”dir².

-
- Migration, Chetail, Vincent / Bauloz Gloucester, Céline (Ed.), Edward Elgar Publishing, Massachusetts 2014, s. 1- 2.
- ² Birleşmiş Milletler Uluslararası Göç Örgütü tarafından hazırlanan Göç Terimleri Sözlüğü bu tanımları aktarırken evrensel olarak kabul gören bir göçmen tanımı bulunmadığını vurgulamaktadır. Perruchoud, Richard & Redpath – Cross, Jillyanne (Ed.): Uluslararası Göç Örgütü (IOM), Uluslararası Göç Hukuku No: 31, 2. Baskı, s. 37. Bu sebeple literatürde bu tanım ile uyumsuzluk taşıyan farklı tanımlarla karşılaşmak mümkündür. Örneğin göçmen olmak için zulüm veya tehdit olmaksızın iyi bir yaşam sürmek kaygısı ile ve çoğunlukla da ekonomik sebeplerle bir başka ülkeye giden kişi olarak göçmen tanımı yapılmaktadır. Bkz. Özel, Sibel: Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü, YÜHFD., C.XVII, S. 2, 2020, s. 718 vd. Benzer şekilde Türkiye mevzuatı açısından da göç ve göçmen kavramları, Birleşmiş Milletler tanımından daha dar ve karmaşık bir muhteva ile ele alınmıştır. 5543 sayılı İskan Kanununda göçün tanımına yer verilmemiş ve ancak “göçmen” ile neyin anlaşılması gerektiği 3 ve 4’üncü maddelerde açıklanmıştır. Bu Kanunun 3’üncü maddesine göre göçmen, “*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye’ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır.*”. 4’üncü madde düzenlemesi ise, “*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunup da sınır dışı edilenler ve güvenlik bakımından Türkiye’ye gelmeleri uygun görülmeyenler göçmen olarak kabul edilmezler*” düzenlemesi ile kimlerin göçmen statüsünde olamayacağını açıklamıştır. Bu hüküm gereği, Türkiye mevzuatı açısından göçmen statüsünde bulunan yabancıların bulunmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Özel: Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü, s. 709- 710. Esasen 19.09.2006 sayılı 5543 sayılı İskan Kanunu, 14.06.1934 tarih 2510 sayılı İskan Kanununu yürürlükten kaldıran ve ancak birçok hükmünü de kendi bünyesinde muhavaza eden bir düzenlemedir. Bu Kanunlarda yapılan göçmen tanımı ise sadece Balkanlar’dan ülkeye gelen soydaşları tanımlamak için tasarlanmıştır. Bkz. Danış, Didem & Dikmen, Hilal: Türkiye’de Göçmen ve Mülteci Entegrasyonu: Politikalar, Uygulamalar ve Zorluklar, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Türkiye’nin Göç Siyaseti Özel Sayısı, 21(Özel Sayı), 2022, s. 40. “Göç” kavramının tanımı ise 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 3’üncü maddesinde yapılmıştır. Bu tanıma göre göç, “*Yabancıların, yasal yollarla Türkiye’ye girişini, Türkiye’de kalışını ve Türkiye’den çıkışını ifade eden düzenli göç*

Göçmenlerin varış ülkeleri, büyük sayıda yabancı kültürden olan kişilerin gelmesi ve ülkeye yerleşmesi neticesinde kaçınılmaz olarak tüm toplum için ekonomik ve kültürel dönüşüm süreciyle karşı karşıya kalmaktadır³. Göç hareketlerinin hızı ve nicel yoğunluğu, çokkültürlü toplumların oluşmasında kayda değer bir etki yaratmaktadır. Bu bağlamda sosyal uyumun artırılmasına ilişkin rasyonel politikaların oluşturulması önem

ile yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye'ye girişini, Türkiye'de kalışını, Türkiye'den çıkışını ve Türkiye'de izinsiz çalışmasını ifade eden düzensiz göçü ve uluslararası korumayı” ifade etmektedir. 6458 sayılı Kanunda ise göçmen tanımı yapılmamıştır. Ancak bu Kanunun toplam beş muhtelif maddesinde “göçmen” ifadesine yabancılık unsurunu da içerecek şekilde yer verilmiştir. Benzer şekilde bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte de “göçmen”in tanımı yapılmamıştır. Göçmen tanımının ciddi anlamda kısıtlandığı 5543 sayılı Kanunda “göç” tanımının yapılmamış olması ve benzer şekilde “göç” tanımının yapıldığı 6458 sayılı Kanunda da “göçmen” tanımının yapılmamış olması hem terimsel bir karmaşa yaratmakta hem de diğer kanunlarda kullanılan “göçmen” terimlerine verilen anlam ile çelişkiler yaşanmasına sebep olmaktadır. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 79'uncu maddesinde düzenlenen “göçmen kaçakçılığı suçu”, 5543 sayılı Kanundaki göçmen tanımı ile çelişen bir şekilde yabancı uyruklu kişilerin de göçmen statüsünde ele alındığını ortaya koyan bir muhtevaya sahiptir. Ayrıca 6458 sayılı Kanuna göre “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancılar”, “göçme” fiilini gerçekleştirebilmekteyken, 5543 sayılı Kanuna göre bu kişiler göçmen sayılamayacaktır. Bu terimsel karmaşaya dahil olmamak adına çalışmada, yabancı uyruklu olup Türkiye'ye herhangi bir sebeple bir yıldan fazla süreyle yaşayan kişiler için “göçmen” ifadesini kullanmayı uygun görüyoruz. Bu kullanım tarzı, bahsi geçen BM'nin göçmen tanımı ile de paralellik arz etmektedir. Göçmen kavramının benzer şekilde kullanıldığı farklı çalışmalar için bkz. Akıncı, Buket/ Nergiz, Ahmet/ Gedik, Ercan: Uyum Süreci Üzerine Bir Değerlendirme: Göç ve Toplumsal Kabul, Göç Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 2, Temmuz- Aralık 2015; Ok Şehitoğlu, Betül: Türkiye'de Göçmenlerin Entegrasyonu Mevcut Durum ve Öneriler, İLKE İlim Kültür Vakfı Yayınları, İlke Politika Notu 35, İlke Yayın No: 115, 2021.

³ Binanchini, Elena: The intercultural mediation: facilitate relations between immigrants and native born citizens, Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza – Vol. IX – N. 1 – Gennaio-Aprile 2015, s. 68 vd.

taşımaktadır⁴. Göçmen hareketleriyle oluşan çokkültürlü toplumların uyum içinde yaşamalarını sağlamaya yönelik politikalarda, arabuluculuğun özgül bir yönü olarak “kültürlerarası arabuluculuk” önemli rasyonel araçlardan biri olarak kabul edilmektedir⁵.

Birleşmiş Milletler’e göre arabuluculuk; üçüncü bir tarafın onların rızasıyla iki veya daha fazla tarafı, çatışmayı önlemek, yönetmek veya çözmek için karşılıklı kabul edilebilir anlaşmalara ulaşmalarına yardımcı olmak suretiyle desteklediği bir süreçtir⁶. Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların nedenleri belirsiz olabilir. Zira bu nedenler bilinçaltındaki önyargılardan ve düşmanlıklardan somut hedefler ve menfaatlara kadar geniş bir yelpazeyi içeren çeşitli faktörleri içerir⁷. Taraflar arasındaki uyuşmazlık çözüm yönteminde arabulucunun rolü, bir hâkim veya hakem gibi yargılama yapıp karar vermek değil; hukuki uyuşmazlıkların/anlaşmazlıkların tarafların menfaatlerine uygun bir çözüme varılmasını sağlamaktır⁸.

⁴ Akıncı/ Nergiz/ Gedik: Uyum Süreci Üzerine Bir Değerlendirme: Göç ve Toplumsal Kabul, s. 60.

⁵ Đorđević, Dragana (Ed.), Authors: Marjanović, Marija/Idris, Ivan/ Harbutli, Adam/ Sjekloća, Vladimir/ Matuško, Rajko: Student’s Handbook on Cultural Mediation, SlovakAid& UNCHR, Belgrade 2023, s. 19.

⁶ United Nations (UN), Guidance for Effective Mediation, New York 2012, s. 4. Birleşmiş Milletler’in arabuluculuğa ilişkin tanımına paralel olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda arabuluculuk tanımına yer verilmiştir. Kanun’a göre arabuluculuk, “*sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerini ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir*” (HUAK mad. 2).

⁷ Mahan, N. Laurana& Mahuna, L. Joshua: Bridging the Divide: Cross-Cultural Mediation, International Research and Review: Journal of Phi Beta Delta Honor Society for International Scholars, Vol. 7, Num. 1, Fall 2017, s. 11- 12.

⁸ Bianchini: The intercultural mediation: facilitate relations between immigrants and native born citizens, s. 69.

Farklı kültürlere sahip kişiler arasında yaşanacak çatışmalarda klasik arabuluculuk yöntemleri yeterli görülmemektedir. Zira çatışma taraflarının farklı kültürel arka planlara sahip olması, her iki kültüre de hakim olan ve gerekli duyarlılığı gösterebilecek spesifik bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır. Bu spesifik yaklaşım, bir modele dönüştürülmüş olup literatürde “kültürlerarası arabuluculuk (intercultural mediators)” olarak anılmaktadır⁹. Kültürlerarası arabuluculuk farklı terimlerle de anılabilmektedir. Örneğin, entegrasyon kolaylaştırıcıları veya dilsel arabulucular (integration facilitators or linguistic mediators), kültürel/topluluk tercümanı (cultural/community interpreter), kültürel araçlar ve tercümanlar (cultural mediators or interpreters), kültürel aracı/dilbilimsel arabulucu (cultural mediator/linguistic mediator) gibi birçok terimlerle kullanılmaktadır¹⁰. Terimsel açıdan farklı kavramların kullanılması disiplinlerarası bir kurum olması ile ilişkili olup çalışmada anlam karmaşasına yer vermemek adına, Avrupa Komisyonuna bağlı faaliyet yürüten Göç ve İçişleri Komitesinin, “kültürel arabuluculuk” ile eş anlamlı şekilde kullandığı “kültürlerarası arabuluculuk” kavramının kullanılması tercih edilmiştir¹¹.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği bünyesinde hazırlanan el kitabında kültürlerarası arabuluculuk şu şekilde açıklanmaktadır: “..., kültürel olarak farklı gruplar arasında üçlü bir etkileşimde iletilen kültürel içeriğin, her iki gruba karşı hem dil hem de kültür açısından ikili yeteneklere sahip bir kişi tarafından arabuluculuk edilmesi durumunda gerçekleşir. Bu arabuluculuk, kültürel farklılıkların, paylaşılan insan kimliğine sahip bireyler olarak karşılıklı anlayışı engellemesini önlemeyi amaçlar...”¹². Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere, farklı kültürlere sahip bireyler arasında her iki kültürü de tanıyan üçüncü

⁹ Mahan, N. Laurana& Mahuna, L. Joshua: Bridging the Divide: Cross-Cultural Mediation, s. 17.

¹⁰ Rakovika, Blodina& Lanovitz, Sara: Cultural Mediation: An inclusive solution to help reduce the cultural and language barriers experienced by survivors of trafficking, Hibiscus Initiatives, London 2021, s. 8.

¹¹ https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/cultural-mediator_en, Erişim Tarihi: 16.03.2024.

¹² Marjanović, Vladimir (Ed.), Authors: Vještica, Saman Ali& Sjekloča, Vladimir: Protection Through Cultural Mediation: Handbook, UNHCR Crisis Response and Policy Centre, Belgrade 2020, s. 11.

bir tarafın (kültürlerarası arabulucunun) dahil olduğu üçlü bir iletişim yöntemi ile toplumsal uyumun artırılması hedeflenmiştir.

II. GÖÇMENLERİN EV SAHİBİ ÜLKEYE UYUMUNDA KÜLTÜRLERARASI ARABULUCULUK

Küresel ölçekte büyük göç akışlarının hızlanması ile çokkültürlü yaşam bölgeleri hızla artış göstermiştir. Bu sürecin doğal bir sonucu olarak klasik ulus devletler içerisinde yaşayan toplumlar “amaçlanan” homojen kültürel yapısını kaybetmekte ve “çokkültürlü toplum devletlerine” dönüşmektedir. Yani günümüz dünyasında tek tip kültür içeren toplum tasavvuru, çokkültürlü toplumların nicel artışı ve niteliğinin tanımlanması ihtiyacı ile beraber rasyonelliğini yitirmeye başlamıştır. Ancak bu netice beraberinde çokkültürlü toplumların bir arada uyum içerisinde yaşaması sorunsalını da beraberinde getirmiştir¹³.

Tarihsel açıdan göçmenlerin ev sahibi ülkeye uyumuyla alakalı üç farklı yaklaşım benimsenmiştir. 1970’li yıllara kadar ev sahibi ülkelerin göçmenlere yönelik yaklaşımına yön veren bakış açısı “asimilasyon” olmuştur. Bu yaklaşımda göçmenlerden; ev sahibi ülkenin dilini, değerlerini, gelenek ve göreneklerini benimsemeleri beklenmiştir. Bu dönemde, göçmenler yaşadıkları sorunları aşmada yalnız bırakılmış ve kendilerine herhangi bir kamusal destek veya tercümanlık/arabuluculuk hizmeti sağlanması zorunlu görülmemiştir.

İkinci aşama, çokkültürlülük kavramının yerleşik hale gelmeye başladığı 1970-1990 yılları arasındaki döneme denk gelmektedir. 1970’lerden sonra çokkültürlülüğün değeri, kültürel çeşitliliğin korunması ve kültürel kimliğin önemi daha fazla dikkate alınmıştır¹⁴.

Son aşama olan 1990’lardan sonra ise devletlerin olumlu önlemler alarak kültürel çeşitliliği koruması yükümlülüğü ön plana

¹³ Fokin, Vladimir/ Baryshnikov, Vladimir/ Bogoliubova, Natalia/ Nikolaeva, Julia/ Ivannikov. Igor/ Portnyagina, Mariya/ Ryazantseva, Natalia/ Eltc, Elena/ Chernov, Igor: Multiculturalism in the Modern World, In International Journal of Environmental & Science Education, 11 (18), 2016, s. 10777- 10778.

¹⁴ Marjanović (Ed.), Authors: Vještica& Sjekloća: Protection Through Cultural Mediation: Handbook, s. 12.

çıkmıştır. Bu süreçte kültürel çeşitlilik, azınlıkların korunması ve kimlik konuları daha fazla önem kazanmaya başlamıştır. Bu dönemden itibaren kültürel çeşitliliğin korunması yükümlüğü devletin sorumluluğunda görülmüştür¹⁵.

Farklı kültürden bireylerin bir arada yaşamasının neticesi olarak; idari, sosyal, ekonomik, siyasal alanlarda meydana gelen çatışmalarda “kültürel farklılıklara” ihtimam gösteren spesifik bir çözüm yönetim planını zaruri kılmaktadır. Farklı kültürden bireylerin dahil olduğu çatışmaların çözümündeki kilit nokta, tarafların kendi yıkıcı-itici koşullarını tanımak; birey ve toplum için en uygun şekilde bu süreci doğru yöntemler ile koordine etmeyi öğrenmektir¹⁶. Bir toplumun kültürüne dahil olan “dış kültür” ile kurulacak iletişimde hassas bir yaklaşım modelinin benimsenmesi gerekmektedir. Zira bu yaklaşımın kabulü, kültürlerarası farklılıkları anlamaya başlamak, uyum içinde yaşamayı öğrenmek ve ideal uyum için elzemdir¹⁷. Çünkü kültür, kimliğin tanımlanması, ifade edilmesi, kişinin kendini gerçekleştirme için bir zemin teşkil eder ve insanların kimlikleri ile aidiyet hisleri, güvenli bir çevrede yaşama isteğiyle doğrudan bağlantılıdır. Bireyler güven duygusuna sahip olduklarında özgür kararlar alabilir ve seçimde bulunabilirler. Kişinin içinde yaşadığı kültürel çevre bu konuda ona ilk ve en önemli ortamı sağlar¹⁸. Bu nedenle farklı kültürlerden gelen bireylerin kültürel yapılarına saygı duymak ve anlamaya çalışmak önem kazanmaktadır.

Kültürlerarası arabulucular, çokkültürlü toplumların oluşmasında önemli bir faktör olan göçmenlere ses ve görünürlük kazandırmaktan sorumludur. Göçmenler genellikle ev sahibi ülkenin dilini ve kültürünü bilmediği için resmi makamlarla veya baskın kültür üyeleri ile çatışmalar

¹⁵ Dahinden, Janine& Chimienti, Milena: Professionelles Sprachmitteln und interkulturelles Vermitteln im Gesundheits-, Sozial-, und Bildungsbereich: Theoretische Perspektiven, Forschungsbericht zuhanden von INTERPRET, Neuchâtel 2002, s. 5- 6.

¹⁶ Portera, Agostino: Intercultural Mediation From a European Perspective, Busch, Dominic (Ed.): The Routledge of Intercultural Mediation, Routledge Taylor& Francis Groupe, New York and London 2023, s. 164.

¹⁷ Mahan& Mahuna: Bridging the Divide: Cross-Cultural Mediation, s. 14.

¹⁸ Koçak, Mustafa: Çokkültürlülük Açısından Dil Hakları, Liberte Yayınları, Ankara 2013, s. 61 vd.

yaşamaktadır. Bu grupta olan bireyler sosyal damgalanmalar neticesinde ciddi uyum sorunları ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Yani farklılaşan kültürler çatışmaları olumsuz yönde besleyebilmektedir. Göçmenlerin özellikle eğitim, sağlık ve adalet alanlarında yaşadıkları çatışmaların çözümünde “kültürlerarası arabuluculuk” perspektifini uygulamak, toplumsal barış ve uyum için ideal bir seçenek olarak görülmektedir¹⁹. Kültürlerarası arabuluculuk vasıtasıyla, daha etkili bir bilgi alışverişi sağlanabilir, karşılıklı anlayış ideal şekilde oluşturulabilir ve yaşanması muhtemel çatışmalar engellenebilir ve/veya mevcut çatışmalar daha kolay çözülebilir.

Farklı kültürlerin birbirine zıt algılamalara yol açabilecek kabullerinin olması, birçok ülkede uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu uyuşmazlıklar, yalnızca sosyolojik vaka seviyesinde kalabileceği gibi, ulusal ceza hukuk sistemlerinin müdahalesini gerektiren adli vakalar olarak da kaydedilmiştir. Başka bir deyişle, bir kültürde olağan kabul edilen bir davranış, farklı bir kültürde hukuki açıdan cezalandırılacak bir eylem olarak algılanabilmektedir. Örneğin, İngiltere’de kayda düşmüş bir vakada Nijerya kökenli bir kadın (Adesanya) çocuklarının yüzlerini jiletle kazıyarak onlara fiziksel zarar verme suçlamasıyla karşı karşıya kalmıştır. Kadın savunmasında; Nijerya’da bulunan Yoruba kabilesine mensup olduğunu ve kazıdığı sembolün mensup olduğu kabileye ait olduğunu, bu sembolü çocuklarının yüzüne kazımaması halinde çocuklarının kimliksiz kalacağını ve bu durumun çocuklarına zarar vereceğini (onları lanetleyeceğini) ileri sürmüştür²⁰.

Benzer şekilde ABD’de bulunan Japon kökenli bir kadın (Fumiko Kimora) ailevi sebeplerden dolayı psikolojik sorunlar yaşayarak kendini öldürmeye karar vermiştir. Biri dört yaşında diğeri altı aylık olan iki çocuğunu da yanına alarak Pasifik Okyanusunda çocukları ile boğulmak için Okyanusa doğru açılmıştır. Netice olarak iki çocuğu boğulmuş ve kendisi sağ kurtarılmıştır. ABD’de Fumiko Kimora hakkında iki çocuğunu kasten öldürmekten dolayı kamu davası açılmış ve bu durum basında genişçe yer bulmuştur. Kamuoyunu derinden sarsan bu vaka

¹⁹ Bianchini: The intercultural mediation: facilitate relations between immigrants and native born citizens, s. 68.

²⁰ Üye, Saim: Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/3, s. 24.

sonrasında birçok Japon kökenli Amerikalı, Fumiko Kimora'nın yargılanmasına itiraz eden dilekçelerini Mahkemeye sunmuşlardır. Zira yaşanan bu vaka Japon geleneklerine uygun bir davranıştır. Japon kültürü intihar eden insanların kendileri ile beraber çocuklarını da öldürmesini meşru saymaktadır²¹.

Bu konuda öne çıkan bir diğer örnek ise sağlık hizmetlerinin sunulmasında kültürün rolü üzerinedir. ABD'de Afrikalı hastasına “nasıl hissediyorsun” diye soran hekime “acı gitti” diyerek cevap verilince hekim hastasının iyileştiğini düşünmüştür. Ancak kadın kendi dilinin pragmatik yapısının etkisi ile İngilizceyi kullanmaktadır ve kendi dilinde “acı şuan gitti ama bir daha gelebilir” anlamına gelecek şekilde ifade ettiğini düşünmektedir. Yani hasta tam iyileşmediği halde doktor, -yaşanan noksan iletişim- sonucunda tedavinin olumlu sonuçlandığı kanaatine varmıştır²². Sunulan bu örnekler farklı kültürlerde olan bireylerin yine kendi kültürel yapılarından etkilenen doğru- yanlış ve iyi-kötü kavramlarına bakış açılarının birbirini iten kuvvetlere dönüşebilme potansiyelini ortaya koymasından dolayı değer kazanmaktadır. Bu vakaların bir kısmı “kültürel suç” veya “kültürel savunma” tartışmaları ile kesişmekte olup bu örnekleri çoğaltmak mümkündür²³.

²¹ Üye, Saim: Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaştırma, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, İstanbul Barosu, Sayı: 17, 2007, s. 108.

²² Cockerham, William C.: Medical Sociology, Routledge: Taylor&Francis Group, London and New York 2016, s. 231.

²³ Örneğin Müslümanlık ve Yahudilikte meşru görülen erkek ve/veya kız çocuklarının sünnet edilmesinin meşruluğu Avrupalı ülkelerde ciddi anlamda sorgulanmaktadır ve birçok vakaya konu olmuştur. Almanya'da dört yaşındaki çocuğunu sünnet ettirdikten sonra kanaması olması üzerine hastaneye götüren ebeveynler ve sünneti yapan kişi hakkında yaralamadan dolayı ceza davası açılmıştır. Bkz. Nuhoğlu, Ayşe: Sünnet ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 211- 219. Benzer şekilde Hint geleneklerinde ölülerin yakılarak küllerinin nehirlere atılması, Yahudi ve Müslüman toplulukların hayvanları kesme yöntemleri, çokeşlilik gibi birçok geleneksel yöntem toplumdan topluma farklı nitelendirmeler ile karşı karşıya kalabilmektedir. Bu nitelendirmeler bir çatışma alanı yaratarak “kültürel suç” ve “kültürel savunma” kavramlarının açığa çıkmasına sebep olmuştur. Konuyla ilgili detaylı bir çalışma için bkz.

Küreselleşen dünyada bireyler göç faktörünün de etkisiyle farklı kültürlerde olan toplumlara daha fazla bir arada yaşamaya başlamıştır. Farklı kültürden bireyler arasında yaşanması muhtemel çatışmaların kendine özgü koşullarını anlamak ve çözüm için doğru bir yöntem ve yönetim metodunu geliştirmek toplumsal uyum ve barış için kilit bir öneme sahiptir. Farklı kültürel değerlere sahip olan bireyler arasında yaşanması muhtemel çatışmalara alternatif çözüm yollarından birisi olan arabuluculuğun uygulanması fikri, arabuluculuğun bizatihi kendisine yönelik farklı bakış açılarının gelişmesine yol açmıştır. Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Avustralya gibi yoğun göçmenlerin bulunduğu ülkelerde, “arabuluculuğa kültür odaklı yaklaşım” farklı çözüm modelleri geliştirilmiştir. Portera’nın aktarımına göre bu yaklaşımlar metakültürel (metaculture), transkültürel (transculture), multikültürel (multicultural) ve kültürlerarası (intercultural) şeklinde dörde ayrılmaktadır²⁴.

Birinci grup olan metakültürel yaklaşımı, kültür kavramının üstünde olan bir üst kültür kavramını ifade etmektedir. Bu yaklaşım, göçmen kökenli kişilerin kültürel farklılıklarını dikkate almadan ve insanların kültürünü değiştirmeden süreci kontrol altında tutmayı amaçlamaktadır. Zira kültürel çatışmalar, farklı kültürleri aşan bir metakültür çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu yaklaşım özellikle çatışan tarafların kültürünü dikkate almadan profesyonel etkileşimi hedeflemesi sebebiyle yetersiz ve hatta potansiyel olarak tehlikeli görülmektedir. İkinci grup olan transkültürel yaklaşım, evrensel olarak görülen saygı, dürüstlük gibi değerlerin; barış, adalet gibi kavramların gelişimi için rol oynaması gerektiğini amaçlar. Arabuluculuk alanında bu yaklaşım değer olarak edindiği saygı, dürüstlük gibi kavramların evrensel olarak var olup olmadığı veya var edilip edilmeyeceği sorunsalı ile karşılaşmaktadır. Yani bireyin değerlerinin mutlak hakikat olarak bir başkasına dayatılması çıkmazlığıyla sonuçlanabilecektir. Arabuluculuk müessesesinde de bu durum geçerlidir; evrensel bir değer olarak arabulucu tarafından benimsenen kuralların uyumsuzluğun tarafları açısından subjektif kalabileceği ve arabulucunun kendi düşüncelerini dayatması riski

Parekh, Bhikhu: Çok Kültürlülüğü Yeniden Düşünmek, Bilge Tanrıseven (Çev.), Phoenix Yayınevi, Ankara 2002, s. 348 vd.

²⁴ Portera, Agostino: Intercultural Competences in Mediation, Counselling and Psychotherapy, Portera, Agostino/ Moodley, Roy/ Milani, Marta (Ed.): In Intercultural Mediation Counselling and Psychotherapy in Europe, Cambridge Scholars Publishing, 2020, s. 13- 16.

oluşturabileceği ifade edilmektedir. Üçüncü grup olan multikültürel yaklaşım²⁵, arabuluculuk müessesesinde birden fazla kültürün bir arada uyumlu yaşaması için birçok avantajı barındırır. Bu yaklaşımda yabancı kültürün yerleşik kültürle aynı haklara sahip görülmesi ve saygı duyulması yönü, bir avantaj olarak görülmektedir. Ancak sürekli farklılık vurgusu arabulucular üzerinde homojenleşmiş bir milliyetçilik dürtüsünün gelişmesine sebep olabilecektir. Ayrıca bu yaklaşıma göre, yoğun farklılık vurgusu kişilerin öznel sorunlarının ortaya çıkmasını da engelleyebilecektir. Zira kişinin taşıdığı hiperaktivite veya depresyon gibi subjektif sebeplerin kültürel farklılık içerisinde görünmesi ve kültüre indirgenen davranış olarak yanlış yorumlanmasına da sebebiyet verebilecektir. Son grubu ifade eden kültürlerarası yaklaşım ilk olarak ABD'de kullanılsa da Avrupa'da geniş bir uygulama alanı bulmuştur. 1930'larda ABD'deki uygulama, entegrasyonu aşacak bir şekilde asimilasyon yolu olarak görülmüş; ayrımcılık ve toplum içi ayrışmaya yol açmıştır. Avrupa'da uygulama alanı bulan kültürlerarası yaklaşım ise epistemolojik olarak evrenselliğin ve göreceliğin tüm olumlu yanlarını içerir. Farklılıkları anlama ve saygı göstermenin (çokkültürlü yaklaşımın) bir adım ötesine geçerek; adaletsizliğe sebep olan toplumsal kuralları ve rolleri tanıyarak bunları giderme ve farklı kültürlerin gerçek etkileşimi için fırsat sunma gibi imkanları barındırır. Arabuluculukta kültürlerarası bir bakış açısının tesis edilmesi, "kültürün" klasik anlamda kavranan "statik ve hiyerarşik" algılanması durumunu aşmayı hedefler²⁶.

III. KÜLTÜRLERARASI ARABULUCULUĞUN ÇOK DİSİPLİNLİ YÖNÜ VE TERCÜMANLIKTAN FARKLARI

Kültürlerarası arabuluculuğun birçok disiplinin iç içe geçtiği spesifik bir alandır. Çeviri ve dil bilimsel çalışmalara konu olan

²⁵ Bu terim ilk kez 1971 yılında Kanada hükümeti tarafından kullanılmıştır. Asimilasyon politikalarına bir tepki olarak göçmenlerin yeni katıldığı toplum içerisinde kendi kültürünü ve kimliğini koruyarak varolması gerekliliği savunulmuştur. Bkz. Alkan Aykaç, Songül& Karakaş, Mehmet: Entegrasyon, Asimilasyon ve Uyum Kavramları Arasında Türkiye'nin Seçimi, İçtimaiyat Sosyal Bilimler Dergisi, Göç ve Mültecilik Özel Sayısı, 2022, s. 423.

²⁶ Portera: Intercultural Mediation From a European Perspective, s. 166-167.

kültürlerarası arabuluculuk aynı zamanda hukuk, iletişim, sosyoloji, sağlık yönetimi gibi disiplinlerin de ilgi alanına girmektedir²⁷. Kültürlerarası arabuluculuk ile tercümanlık, birbirine oldukça yakın alanlar gibi görünse de, kültürlerarası arabuluculuğun diğer disiplinlerle olan sıkı ilişkisi sebebiyle ayrıştıkları önemli noktalar bulunmaktadır. Tercüme etmenin temel amacı farklı bir dildeki anlamı mümkün olan en doğru şekilde karşı tarafa aktarmaktır. Kültürlerarası arabuluculuk ise, daha kapsamlı bir iletişim için daha zengin bir aracılık faaliyeti olarak değerlendirilebilir²⁸. Yani; kültürlerarası arabuluculukta kültürel anlam, algılama, yaklaşım, tavır gibi birçok etken ön plandadır. Ayrıca, tercümanlık, kültürlerarası arabuluculuğa göre çok daha eski bir meslek kolu olup standartları daha belirgindir. Örneğin, ilgili tarafların söylediklerini kelimesi kelimesine çevirmek; kendi görüş veya yaklaşımını çeviriye yansıtmamak; ekleme çıkarma yapmamak; yaşanan veya yaşanabilecek muhtemel bir uyuşmazlığa herhangi bir müdahalede bulunmamak gibi kalıpları bulunmaktadır.

Kültürlerarası arabuluculuk ise, sadece dile odaklanmaz aynı zamanda kültüre de odaklanır ve 1990'lı yıllardan sonra popüler hale gelen ve mesleki standartları günümüzde de tam oturmamış olan yeni bir alandır²⁹. Kültürlerarası arabuluculuk ve tercümanlık alanları arasında temel farklılıklar olmasına rağmen, bu alanlar birbirini tamamlar ve bu nedenle biri diğerini gerektirir. Başka bir deyişle, kültürel arabulucu olarak eğitim almamış bir tercüman, iletişim sorununu çözmek için iletişim kurmaya çalışan iki taraf arasında dilsel anlamları başarıyla

²⁷ Tonioli, Valeria& Brichese, Annalisa: La mediazione interlinguistica ed interculturale Competenze comunicative interculturali, tecniche e strategie dei mediatori, EL.LE, Vol. 4, Num. 3, 2015, s. 413 vd.

²⁸ Verrept, Hans: What Are the Roles of Intercultural Mediators in Health Care and What Is the Evidence on Their Contributions and Effectiveness in Improving Accessibility and Quality of Care for Refugees and Migrants in the WHO European Region?, Health Evidence Network Synthesis Report 44, World Health Organization, Regional Office for Europe, 2019, s. 48 vd.

²⁹ Theodosiou, A.& Aspioti M. (Ed.): Authors: Klemm, I./ Wittgen, G./ I. Coune, I. / Verrept, H./ Cruz, C./ Diniz, M./ Panagiotopoulou, A.I./ Papagiannopoulou, M.T./ Rozi A./ Basili, N./ Bianconi, L./ Raguso, C./ Kaczmarczyk, D.: Research Report On Intercultural Mediation For Immigrants In Europe, TIME Train Intercultural Mediators for a Multicultural Europe, 2016, s. 16- 17.

iletebilecek yeteneğe sahip olabilir. Ancak kültürel, dini ve diğer toplumsal nedenlerden kaynaklanan gerçek ihtiyaçları tam olarak anlayamayabilir ve başarıyla iletemeyebilir. Benzer şekilde, her iki tarafın kültürünü yüksek seviyede tanıyan bir kişi, yeterli dil becerisine sahip değilse, beklenen iletişim seviyesini sağlayamayabilir. Bu sebeple, kültürlerarası arabuluculukta hem yüksek dil becerisi hem de farklı kültürlerle hakimiyet aranmaktadır³⁰. Ancak tüm bunlara ek olarak çatışma çözümü konusunda arabuluculuk müessesesinin gerektirdiği yetkinliği de taşıması gerekecektir. Zira kültürlerarası arabuluculuk müessesesi uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinden birisi olarak kabul edilmektedir³¹.

IV. KÜLTÜRLERARASI ARABULUCULUK KAPSAMINDA AVRUPA BİRLİĞİNİN GÖÇMEN ENTEGRASYON POLİTİKASI

Göçmenlerin Avrupa'ya ideal şekilde entegrasyonu, Avrupa Topluluklarının yapmış olduğu 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması'ndan bu yana kabul edilen bir politika olarak varlığını devam ettirmektedir. Bu Antlaşma ile göçmenlerin Avrupa'ya entegrasyonu üç sütunlu Topluluk yapısının birinci sütununa dâhil edilmiştir³². 2008 yılında düzenlenen "Avrupa Kültürlerarası Diyalog Yılı" konferansında, üye devletlerden

³⁰ Sjekloća, Vladimir (Ed.): Authors: Marjanović, Marija& Harbutli, Adam: Standards On Cultural Mediation In Protection, UNHCR Crisis Response and Policy Centre, Belgrade 2021, s. 8.

³¹ Mahan& Mahuna: Bridging the Divide: Cross-Cultural Mediation, s. 11-22.

³² Avrupa Birliği yapısı, Maastricht antlaşmasına kadar üç farklı topluluk şeklinde varlığını devam ettirmekteydi. Bu topluluklar, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu şeklindeydi. Maastricht antlaşması ile beraber bu üç topluluk Avrupa Birliği çatısında birleştirilmiş ve iki yeni eylem alanı olarak; Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası ile Adalet ve İçişlerinde İşbirliği Politikası oluşturulmuştur. Bu değişiklik ile beraber topluluklar ve ekonomik-parasal birlik konuları birinci sütunu, Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası ikinci sütunu, Adalet ve İçişlerinde İşbirliği Politikası ise üçüncü sütunu oluşturmuştur. Bkz. BAYRAM, Mehmet Hanifi: Avrupa Birliği Hukuku Dersleri, Ankara 2018, s. 46.

birçoğunun “çokkültürlü” karakteri gözetilerek “kültürel diyalog” kurulması ihtiyacı açıkça vurgulanmıştır³³. 2010 yılında yayınlanan “Politika Yapıcıları ve Uygulayıcıları için Entegrasyon Üzerine El Kitabı” çalışmasında, entegrasyon, tüm göçmenler ve üye devletlerin sakinleri arasında karşılıklı uyum süreci olarak tanımlanmış; hükümetler, entegrasyon politikasına hem göçmenleri hem de mukim halkları dahil etmeye teşvik edilmiş ve karşılıklı hak ve sorumluluklarını açıkça iletmeleri önerilmiştir. Ayrıca, yerel düzeyde, göçmen kökenli ve göçmen kökenli olmayan yerel sakinler arasında sık ve anlamlı etkileşime ilişkin mekanizmaların oluşturulması gerektiği de vurgulanmıştır³⁴.

Avrupa Birliği, arabuluculukta “kültürün rolüne” ilişkin önceki başlıklarda açıklanan yaklaşımlardan “kültürlerarası” yaklaşımı benimsemiştir. Avrupa Komisyonuna bağlı faaliyet yürüten Göç ve İçişleri Komitesi “kültürel arabuluculuk” ile “kültürlerarası arabuluculuğu” eş anlamlı kavramlar olarak kullanıp, “göç bağlamında, farklı dilleri konuşan ve farklı kültürel geçmişlerden gelen insanlar arasındaki iletişimi (tercüme dahil) kolaylaştıran bir profesyonel.” şeklinde tanımlamıştır.

Göç ve İçişleri Komitesi, kültürlerarası arabuluculuğun tanımını yaptıktan sonra kapsamına ilişkin şu açıklamalara yer vermektedir³⁵: “1. Kültürel arabulucular, yanlış anlaşılmaya yol açabilecek kültüre özgü ifadeleri ve kavramları açıklığa kavuşturarak farklı değer kümeleri, hayata yönelimler, inançlar, varsayımlar ve sosyokültürel gelenekler hakkında bilgi sağlar. 2. Kültürlerarası arabuluculuk kayıtlı bir meslek değildir; bu nedenle kültürel arabulucuların rolü açıkça tanımlanmamıştır ve kabul edilmemiştir. Bu nedenle uygulama standart bir davranış kurallarına uymamakta ve belirli bir yasal çerçeve içinde uygulanmamaktadır. 3. Kültürel arabulucu ve kültürlerarası arabulucu terimleri, AB Üye Devletlerinde farklı şekilde kullanılmaktadır ve farklı standartlar uygulanmaktadır. 4. Kültürlerarası arabuluculuk, mesajları göndericiden alıcıya iletmenin tercümeden çok daha geniş ve daha zengin

³³ <https://www.ab.gov.tr/p.php?e=41515> (16.03.2024)

³⁴ Niessen, Jan& Huddleston, Thomas: Handbook on Integration for policy-makers and practitioners, European Commission, April 2010.

³⁵ https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/cultural-mediator_en, Erişim Tarihi: 16.03.2024.

bir yolu olduğundan, kültürel arabulucu tercüman terimiyle karıştırılmamalıdır.”

Bu tanım ve kapsamdan da anlaşılacağı üzere, kültürlerarası arabuluculuk müessesesi, göçmen pozisyonunda bulunan kişilerin ev sahibi konumunda bulunan kültüre entegrasyonunu sağlamak için düşük maliyetli ve hızlı çözüm sunan bir yaklaşım olarak ele alınmıştır³⁶. Kültürlerarası arabulucular, göçmenler ile kurumlar arasında bir köprü oluşturmaktadır ve entegrasyonlarını hızlandıran bir misyonu üstlenmektedir. Göçmenlerin ev sahibi ülkedeki en temel insani ihtiyaçlarını gidermek için çalışması, sağlık ve eğitim hizmetlerinden faydalanması gibi konularda yaşayacağı temaslar için kendi kültürünü de tanıyan araçlar ile hareket etmesi ve bu kişilerden faydalanması toplumsal uyum ve barışı arttıracaktır³⁷.

Avrupa'da kültürlerarası arabuluculuk üzerine yapılan bir literatür araştırmasında, 2011-2020 yılları arasında İngilizce, Fransızca, İtalyanca, İspanyolca ve Portekizce dillerinde yazılmış toplamda 47 kitap ve makale ele alınmış; bu çalışmada, kültürlerarası arabuluculuk kurumunun akademik camia tarafından ne kadar ilgi çekici bir konu olarak görüldüğü vurgulanmıştır³⁸. Ayrıca bu çalışmada, kültürlerarası arabuluculuğun literatürde yer edinmesinde farklı disiplinlerden olan araştırmacıların ilgisinin büyük etkisi de ifade edilmektedir. Kültürlerarası arabuluculuk, dilbilimciler (çeviri ve tercümanlık alanlarında), hukukçular (tahkim ve adalet mekanizması içerisinde bulunan arabuluculuk sistemi içerisinde), siyaset bilimcileri, sağlık idarecileri (hastane arabuluculuğu), eğitim bilimciler (özellikle okul arabuluculuğu) gibi farklı bilim alanlarındaki uzmanlar tarafından yoğun şekilde çalışılmaktadır. Bu literatür incelemeleri neticesinde, özellikle yoğun göç alan ve göçmenlere uygun desteğin verilmesi ihtiyacının

³⁶ Marjanović (Ed.): Authors: Vještica, & Sjekloća: Protection Through Cultural Mediation: Handbook, s. 40.

³⁷ Sjekloća (Ed.): Authors: Marjanović & Harbutli: Standards On Cultural Mediation In Protection, s. 23.

³⁸ Ancak kültürlerarası arabuluculuğun güncel pozisyonu sebebiyle “göç ve entegrasyon” üzerine yapılan çalışmalar içerisinde yetersiz şekilde ele alındığını ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Marjanović (Ed.): Authors: Vještica, & Sjekloća: Protection Through Cultural Mediation: Handbook, s. 9.

bulduğu Avrupa’da kültürlerarası arabuluculuğun akademik alanda yoğun ilgi gördüğü belirlenmiştir. Ancak, kültürlerarası arabuluculuğun tam olarak ne olduğu, nasıl yapılandırılması ve desteklenmesi gerektiği konusunda güçlü bir mutabakatın bulunmadığı ve birçok araştırmanın kavramsal açıdan literatür incelemesinden ibaret olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca, nitel açıdan konuyu ele alan çalışmaların büyük bölümünün kültürlerarası arabulucu olarak hareket eden kişilerin algıları ve hissettikleri ile ilgili olduğu vurgulanmıştır³⁹.

V. KÜLTÜRLERARASI ARABULUCULUK FENOMENİ: BELÇİKA ÖRNEK UYGULAMASI

Kültürlerarası arabuluculuğun uygulama alanlarının genişliği ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Örneğin İtalya’da sağlık, eğitim ve birçok diğer alanda uygulama alanı bulabilirken; Belçika’da sağlık hizmetlerinin sunulduğu hastanelerde uygulama alanı bulmuştur⁴⁰. Esasında birçok Avrupa devletinde, kültürlerarası arabuluculuk, sağlık sisteminde göçmen entegrasyonu hedefi için uygulama alanı bulmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü’nün hazırladığı raporlara göre, kültürlerarası arabulucular; sağlık hizmetleri alanında farklı dil ve kültürden olmanın getirdiği engelleri aşmada son derece etkili bir misyonu yerine getirmektedir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından Ağustos 2018 ve Ocak 2019 yılları arasında yapılan kapsamlı bir araştırmada kültürlerarası arabulucuların; farklı kültürden ve dilden olan bireylerin yaşadığı engelleri azaltmak; mülteci ve göçmenlerin sağlık hizmetlerine erişimlerini artırmak amacıyla istihdam edildiğini ortaya koymaktadır. Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Birliğine üye olan 17 üye devlette kültürlerarası arabulucuların geçici bir meslek olarak tanındığını ortaya

³⁹ Bahsi geçen araştırmada kültürlerarası arabuluculuk ile ilgili ulusal ve uluslararası yasal çerçevenin belirgin olmaması eleştirilmiş ve konuyla ilgili yapılacak akademik çalışmalarla yönetsel yapıların dikkatinin çekilebileceği tespitleri yapılmıştır. Bkz. Portera, Agostino/ Trevisan, Michael S./ Milani, Marta: A Status Report on School Intercultural Mediation in Europe, Journal of Educational, Cultural and Psychological Studies, No. 22, 2020, s. 49–70.

⁴⁰ Erdilmen, Merve: Frameworks and Good Practices of Intercultural Mediationfor Migrant Integration in Europe, IOM UN Migration, September 2021, s. 30.

koymaktadır⁴¹. Sağlık sisteminde bu müessese daha çok sağlık yönetimi ve idaresi açısından uygulama alanı bulmaktadır. Yapısı itibariyle dezavantajlı olan göçmen gruplarının sağlık hizmetlerine kolay erişimi için ideal bir yöntem ve yönetim programının planlanması ve uygulanması elzemdir. Zira başarılı bir sağlık yönetimi oldukça karmaşık bir süreç olup sağlık hizmetlerinin en adil bir şekilde dağıtımının yapılmasını hedeflemektedir. Tarihsel olarak, özellikle salgın hastalıkların hızlıca yayılması, derin korkuya-aşırı tepkiye yol açmakta ve hatta “diğerlerine” karşı önyargının oluşmasına sebep olmaktadır. Bu ayrımcılığın genel hedefinde ise yabancılar yer almaktadır⁴².

Fransa, Almanya, İsviçre, İtalya gibi birçok Avrupa ülkesinde kültürlerarası arabuluculuk uygulaması bulunmaktadır. Ancak bu çalışmada örnek uygulama Belçika ile sınırlandırılmıştır. Bunun temel sebebi, aşağıda da belirtileceği üzere kültürlerarası arabuluculuk ile ilgili hazırlanan birçok çalışmada Belçika'nın özellikle sağlık hizmetleri alanında önde gelen örnek uygulama olarak gösterilmesidir⁴³. Belçika'daki bu kültürlerarası arabuluculuk müessesesi 1991 yılından günümüze istikrarlı ve gelişerek uygulanmıştır. Belçika'da ilk olarak 3 yıllık bir müfredat eğitimi ön görülmüş 2008 yılında kültürlerarası arabuluculuğun görev tanımı güncellenmiş ve 2015 yılında tekrar ele alınmıştır. Kraliyet Kararnameleri ile kültürlerarası arabulucuların finansmanı için düzenlemeler yapılmış ve Kültürlerarası Arabuluculuk ve Politika Destek Biriminin hastanelerde bulunan kültürlerarası arabulucular ile olan ilişkisi ve sorumlulukları net bir şekilde

⁴¹ Verrept: What Are the Roles of Intercultural Mediators in Health Care and What Is the Evidence on Their Contributions and Effectiveness in Improving Accessibility and Quality of Care for Refugees and Migrants in the WHO European Region?, s. 6.

⁴² Azarkan, Ezeli: Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 169.

⁴³ Theodosiou& Aspioti (Ed.): Authors: Klemm/ Wittgen/ Coune/ Verrept/ Cruz/ Diniz/ Panagiotopoulou/ Papagiannopoulou/ Rozi/ Basili/ Bianconi/ Raguso/ Kaczmarczyk: Research Report On Intercultural Mediation For Immigrants In Europe, s. 11 vd.; Erdilmen: Frameworks and Good Practices of Intercultural Mediationfor Migrant Integration in Europe, s. 9 vd; European Union, TIME Train Intercultural Mediators for a Multicultural Europe: Training Course for Intercultural Mediators for Immigrant, s. 27- 28.

tanımlanmıştır⁴⁴. Konuyla ilgili hazırlanan AB destekli bir araştırma raporunda; Belçika'daki kültürlerarası arabuluculuk uygulamasının göçmen ve diğer kültürel öğelere sahip gruplar için yapıcı bir örnek teşkil ettiği ve bu sistemin özellikle göçmen ve/veya Roman halkının yoğunlaştığı Avusturya, Yunanistan, Polonya ve Portekiz'e entegre edilmesi gerektiği önerisi yapılmıştır⁴⁵.

Belçika devleti göç politikasında iyileştirmeler yapmak için 1988 yılından itibaren ciddi adımlar atmış ve konuyla alakalı uzmanların (hekimler, tıp sosyologları ve antropologların) görüşlerini de dikkate alarak hastanelerde kültürlerarası arabuluculuk projesini tasarlamıştır. 1990'ların ikinci yarısından itibaren sağlık sistemine büyük ölçüde entegre edilen bu uygulama günümüzde 52'den fazla hastanede yaklaşık 100'ün üzerinde kültürlerarası arabulucunun istihdam edildiği tutarlı ve yaygın bir uygulama örneği olarak gözlemlenmiştir⁴⁶.

Kültürlerarası arabuluculuk, göçmenler başta olmak üzere farklı kültürel dinamiklerde olan insanların iyi ve yeterli sağlık hizmetlerine erişimi için uygun diyalog köprüleri olarak tasarlanmıştır⁴⁷. Belçika'da

⁴⁴ Erdilmen: Frameworks and Good Practices of Intercultural Mediation for Migrant Integration in Europe, s. 10.

⁴⁵ Mayr, S./Wittgen, G./Theodosiou, A./Aspioti, M./Coune, I./Verrept, H./Cruz, C./Diniz, M./Panagiotopoulou, A.I./Papagiannopoulou, M. T./Bianconi, L./Raguso, C./Kaczmarczyk, D.: Train Intercultural Mediators for a Multicultural Europe, TIME, 2015, s. 10- 17.

⁴⁶ Erdilmen: Frameworks and Good Practices of Intercultural Mediation for Migrant Integration in Europe, s. 11.

⁴⁷ Belçika'da sağlık hizmetlerinin göçmenlere sunulmasında kültürlerarası arabulucuların pozitif rolü şu örneklerle açıklanmaktadır:

-Faslı bir baba oğlunun epileptik nöbetlerinin sebebinin bir "Cin" olduğunu düşünmektedir. Bu dini inanca dayalı kültürel dokunun farkına varılamamış olması hekim tarafından uygulanmak istenen tedavi metodunun işlevsiz kılınmasına sebep olabilecektir.

-Cinsiyetçi ayrımın güçlü olduğu bir kültürel dokudan gelen yeni doğum yapmış bir kadının kocasının önünde çocuğunu nasıl emzireceği konusunda bir erkek sağlıkçı tarafından bilgilendirilmesi kadın kasta için utanç verici bir durum olarak algılanabilecek ve tedavi için işbirliği yapmasını engelleyebilecektir.

-Belçika'da yaşanan bir vakada Türkiyeli bir hasta vefat ettikten sonra yakınları hastanede ciddi çatışmalar yaşamıştır. Kültürlerarası arabulucu, sevilen birinin ölümünden sonra Türkiyeli ailenin beklenti ve istekleri

Kültürlerarası Arabuluculuk Birim Başkanı olan Hans Verrept ile Isabella Coune tarafından hazırlanan toplam 73 maddeden oluşan ve kültürlerarası arabuluculuk ile ilgili hizmetlerin standartlaştırıldığı ilk metin olma özelliği taşıyan “Sağlık Hizmetlerinde Kültürlerarası Arabuluculuk Klavuzu” önemli kaynaklar arasında yer almaktadır⁴⁸. Bu Klavuz'da sağlık hizmetlerinde kültürlerarası arabuluculuk, “*dil engellerinin, sosyokültürel farklılıkların ve etnik gruplar arasındaki gerginliklerin olumsuz sonuçlarını azaltmayı amaçlayan bir dizi faaliyet*” olarak tanımlanmıştır⁴⁹. Anlaşılabacağı üzere kültürlerarası arabulucu, tüm çatışmaların çözülmesinde faaliyet yürüten bir model olarak tasarlanmamıştır. Bu kişiler, dil ve kültür bariyerlerinden doğduğu anlaşılan çatışmalarda arabuluculuk fonksiyonu üstlenebilecektir⁵⁰.

Hastanelere ayrılan bütçelerden finanse edilen bu uygulama Federal Sağlık Hizmeti (Federal Public Service for Health), Gıda Zinciri Güvenliği ve Çevre (Safety of the Food Chain and Environment) gibi yapıların bir parçası olarak hareket eden “Kültürlerarası Arabuluculuk ve Politika Destek Birimi (Intercultural Mediation and Policy Support Unit)”

hakkında hizmet sağlayıcı ile vefat edenin yakınları arasında çatışma riskini azaltan önerilere katkı sunacaktır. Bkz. Verrept, Hans& Coune, Isabelle: Guide for Intercultural Mediation in Health Care, https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/2017_11_14_guide_english_0.pdf , Erişim Tarihi: 16.03.2024.

⁴⁸ <https://www.health.belgium.be/en/health/taking-care-yourself/patient-related-themes/intercultural-mediation>, Erişim Tarihi: 16.04.2024.

⁴⁹ Verrept& Coune: Guide for Intercultural Mediation in Health Care, s. 7. Kültürlerarası arabulucu bu tanımın amacını gerçekleştirebilmek için çeşitli araçlara erişim sağlamalıdır. Bu araçlar Klavuz'da şu şekilde sıralanmıştır: “1- Kültürlerarası arabulucunun iletişim bilgilerini içeren bir hastane/kurum kimliği/kartviziti, 2- Kültürlerarası arabulucuyu hastane/kurum personeli olarak açıkça tanımlayan bir işaret (hastane önlüğü, rozet vb.), 3- Kişisel e-posta adresi ve internet erişimi olan bir bilgisayar, 4- Ulaşılabilir olması için kişisel bir telefon veya cep telefonu, 5- Sözlükler ve diğer araçlar (örneğin anadilde tıbbi ansiklopediler), 6- Farklı dilde bir alfabe kullanan kültürlerarası arabulucular için (örneğin, Arapça, Kiril alfabesi gibi)I anadillerinde internet aramaları yapabilmeleri için uyarlanmış klavyeler.” Verrept& Coune: Guide for Intercultural Mediation in Health Care, s. 30.

⁵⁰ Verrept& Coune: Guide for Intercultural Mediation in Health Care, s. 28.

tarafından koordine edilmektedir. Bu birim aynı zamanda Kültürlerarası Arabulucuların değerlendirilmesi ve eğitim süreçlerinin yürütülmesinden de sorumludur⁵¹. Ayrıca kültürlerarası arabulucuların görev ve rolleri hakkında bilgi vermek ve yaşanan sorunların çözümü için stratejiler geliştirmek için devlet kurumlarını, arabulucuları ve ilgili diğer temsilcileri bir toplantı masasında buluşturmaktadır⁵².

Belçika 2009 yılında kültürlerarası arabuluculuk müessesesini video konferans teknolojisi ile buluşturmuş ve arabulucuların hastane dışında da hizmet verebilmesinin önünü açmıştır. Bu sistem ile birlikte farklı etnik grupların hastane dışında kültürlerarası arabuluculuk hizmetinden faydalanabilmesinin önü açılmıştır⁵³. Ayrıca, 2017 yılında Belçika hükümeti kültürlerarası sağlık politikalarının bir parçası olarak yüz yüze arabuluculuk ile beraber uzaktan kültürlerarası arabuluculuk uygulamasını genişleten bir hizmeti yaşama geçirmiştir. Arabulucular video konferans yoluyla oluşan çatışmalara ilişkin çözüm arayışında bulunmuştur. Bu proje ile sadece yatan hastaların bulunduğu hastaneler

⁵¹ Mayr/ Wittgen/ Theodosiou/ Aspioti/ Coune/ Verrept/ Cruz/ Diniz/ Panagiotopoulou/ Papagiannopoulou/ Bianconi/ Raguso/ Kaczmarczyk: Train Intercultural Mediators for a Multicultural Europe, s. 8- 9.

⁵² Erdilmen: Frameworks and Good Practices of Intercultural Mediationfor Migrant Integration in Europe, s. 10. Kültürlerarası arabuluculuk, göçmenlerin entegrasyonu için çalışan bir müessese olarak ön plana çıkmaktadır. Ancak bu alanın yeterlilik ve profesyonelleşme yolunda sistematik olarak ele alınmasına yönelik AB bünyesinde çok nadir resmi politika yürütülmektedir. Nitekim Belçika Federal Halk Sağlığı Hizmeti'nin resmi web adresinde kültürlerarası arabuluculuk ile ilgili Verrept&Isabella ikilisi tarafından hazırlanan "Sağlık Hizmetlerinde Kültürlerarası Arabuluculuk Klavuzu" çalışması doğrudan yer bulmuştur. Verrept& Coune: Guide for Intercultural Mediation in Health Care, s. 12 vd.

⁵³ Bu sistem ile birlikte, Farsça, Arapça, Rusça ve Türkçe dillerinde iş günlerinin 9:00-12:30 ve 13:30-16:30 saatleri arasında video konferans yoluyla doğrudan kültürlerarası arabuluculuk hizmetleri verilirken diğer diller için ise öncesinden randevu almak gerekmektedir. Bkz. Mayr/ Wittgen/ Theodosiou/ Aspioti/ Coune/ Verrept/ Cruz/ Diniz/ Panagiotopoulou/ Papagiannopoulou/ Bianconi/ Raguso/ Kaczmarczyk: Train Intercultural Mediators for a Multicultural Europe, s. 18.

değil tüm hastaneler ve birinci basamak bakım merkezlerine kültürlerarası arabuluculuk hizmetinin genişletilmesi ön görülmüştür⁵⁴.

IV. KÜLTÜRLERARASI ARABULUCULUK UYGULAMASININ TÜRKİYE AÇISINDAN ÖNEMİ

Türkiye, son 10 yıl içerisinde Ortadoğu'da yaşanan göç hareketleri sebebiyle sayısal olarak 4 milyonu aşkın geçici veya uluslararası koruma altında olan yabancı ülke vatandaşlarına ev sahipliği yapan bir "göçmenler ülkesi" haline dönüşmüştür⁵⁵. Bu göçmen yoğunluğu, beraberinde uyum sorununu ve bu sorun için rasyonel çözüm yöntemlerine yönelik tartışmaları meydana getirmiştir.

Türkiye içerisinde bulunan yabancıların uyum sorunu ilk kez 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile gündeme gelmiştir⁵⁶. 6458 sayılı Kanununun 96'ncı maddesine göre uyum, "*yabancı ile başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin ülkemizde toplumla olan karşılıklı uyumlarını kolaylaştırmak ve ülkemizde, yeniden yerleştirdikleri ülkede veya geri döndüklerinde*

⁵⁴ Erdilmen: Frameworks and Good Practices of Intercultural Mediation for Migrant Integration in Europe, s. 11. Video konferansı ile kültürlerarası arabuluculuk hizmeti veren hastaneler şu şartlarla hizmeti verebilmektedir: "1- Kültürlerarası arabulucunun bir kulaklığa ve hasta ile sağlayıcı arasındaki gizliliğini koruyan sessiz bir alan, 2- Kültürlerarası arabulucunun, 'video ile uzaktan kültürlerarası arabuluculuk' konulu özel bir eğitim almış olması gerekmektedir, 3- Her iki tarafın da sağlıklı şekilde video konferans yürüttüğüne ilişkin uygun teknik şartlar sağlanmalı, 4- Kurum (Kültürlerarası Arabuluculuk Birimi), video ile uzaktan kültürlerarası arabuluculuk yapacak kişiyi atamaktadır, 5- Kurum bu yöntemi teşvik edecek ve iyi bir internet bağlantısının kurulmasından sorumlu olacaktır." Verrept & Coune: Guide for Intercultural Mediation in Health Care, s. 31.

⁵⁵ UNHCR, Türkiye Bilgi Notu, Şubat 2023, Bkz. https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2023/03/Bi-annual-fact-sheet-2023-02-TurkiyeF_TR.pdf, Erişim Tarihi: 16.03.2024.

⁵⁶ Baran Çelik, Neşe: Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 1, 2015, s. 130- 131.

ülkelerinde sosyal hayatın tüm alanlarında üçüncü kişilerin aracılığı olmadan bağımsız hareket edebilmelerini kolaylaştıracak bilgi ve beceriler kazandırmak” olarak açıklanmıştır. Bu kapsamda Göç İşleri Başkanlığı bünyesinde Uyum ve İletişim Genel Müdürlüğü oluşturulmuş ve uyum politikasının yürütülmesinde kendisine ödevler yüklenmiştir. Göç İşleri Başkanlığı sosyal “uyum”u, “*Hem yabancının hem de ev sahibi toplumun sosyo - kültürel ve ekonomik gelişmesine katkıda bulunmayı hedefleyen, asimilasyoncu olmayan, ev sahibi toplumun da göçmenlere uyum sağlanmasını ve yabancıların kendi yeteneklerini ekonomik, sosyal ve kültürel alanlar dahil olmak üzere yaşamın tüm alanlarında gerçekleştirmesini amaçlayan, gönüllülük esaslı politika.*” olarak tanımlamaktadır⁵⁷. Göçmenlerin ev sahibi ülke ile bütünleşme süreçleri ele alınırken olağan şekliyle “entegrasyon” terimi kullanılmaktadır. Türkiye’nin entegrasyon terimi yerine “sosyal uyum” terimini kullanması, Türkiye’de bulunan göçmenlerin geçici koruma statülerinin sınırlılığı ile ilişkilendirilmiş ve ülkelere dönmeleri planlanan bir göçmen nüfusunun “kısa süreli” Türkiye toplumuna dahlinin sosyal uyum ile ele alındığı vurgulanmıştır⁵⁸. Ayrıca, Türkiye’nin entegrasyon terimini tercih etmemesinin bir diğer sebebi olarak, bu terimin biyolojik ve mekanik alanlarda yaygın olarak kullanılması ve “bütüne başarılı şekilde eklenmeyi” içeren olumsuz bir çağrışımı olması öne sürülmüştür⁵⁹. Bu tespitlere karşın Türkiye’nin göçmen politikasında “matruşka” haline dönüşen Suriyeli göçmenlerin ülkelerine dönüp dönmeyeceği belirsizliğini korumaya devam etmektedir⁶⁰. Türkiye’de “geçici koruma statüsü”⁶¹ ile kalan Suriyeli göçmenler için yaşam bulması muhtemel bir

⁵⁷ <https://www.goc.gov.tr/uyum-hakkinda>, Erişim Tarihi: 16.03.2024.

⁵⁸ Güler, Hasan: Türkiye’de “uyum” ama nasıl?, KAÜİİBFD., C. 11, Ek Sayı 1, 2020, s. 265.

⁵⁹ Alkan Aykaç& Karakaş: Entegrasyon, Asimilasyon ve Uyum Kavramları Arasında Türkiye’nin Seçimi, s. 424 vd.

⁶⁰ Mengü, Enver& Yaman, Ömer Miraç: Türkiye’deki Suriyelilerin Geleceğine İlişkin Göç Politikasına Saha Çalışmalarının Bakışı: Nitel Bir Çalışma, Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 12, S. 4, 2023, s. 1730.

⁶¹ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 96’ncı maddesinde “geçici koruma statüsünü” şu şekilde açıklamaktadır: “*MADDE 91 – (1) Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma*

geri dönüş politikasının uygulanması halinde Göç İşleri Başkanlığının verilerine göre 09.05.2024 tarihi itibarıyla Türkiye'de bulunan 3.155.536 Suriyeli göçmenin⁶² hangi ölçüde geri dönüş politikasına dâhil olacağı da belirsizliğini korumaktadır. Sayıları milyonları bulan bu göçmen grubu Türkiye'nin eğitim, sağlık, adalet gibi temel kamusal alanlarının hizmetlerinden faydalanmakta olup 2023 yılında İçişleri Bakanlığı tarafından yapılan açıklamaya göre toplam 238.000 Suriyeli göçmene Türkiye vatandaşlığı verilmiştir⁶³. Vatandaşlık alan bu Suriyelilerin göçmen olarak Türkiye toplumu içerisinde varlıkları devam edecektir. Zira önceki bölümlerde de açıklandığı üzere yabancı kültürden bir birey hakim kültürle uyrukluğa bağlı kursa bile kendi kültürü ile yaşamaya devam edecektir. Suriyeli göçmenlerin vatandaşlık kazanmasında en çok başvurulan yöntemin "istisnai yol"⁶⁴ olması⁶⁵ ve bu usulde genel yolla

sağlanabilir. (2) Bu kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışlarında yapılacak işlemler, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirlerle ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasındaki iş birliği ve koordinasyon, merkez ve taşrada görev alacak kurum ve kuruluşların görev ve yetkilerinin belirlenmesi, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." Türkiye'de bulunan Suriyelilerin gerek 6458 sayılı Kanun ve gerekse 5543 sayılı Kanun hükümleri gereği "göçmen" olarak tanımlanmadığını çalışmanın önceki bölümlerinde açıklamıştık. Suriyeliler için Türkiye tarafından tanınan hukuki statü geçici koruma statüsü olmakla beraber, bu grup için "göçmen" terimini kullanmamızın sebebi Türkiye açısından hukuki statülerine yapılan bir gönderme değil, yine önceki bölümlerde vurguladığımız Birleşmiş Milletler tanımıdır. Zira vatandaşlık alan Suriyelilerin sayıca fazlalığı ve "geçici" olarak kurgulanan statününün 13 yılı aşkın süredir devam ediyor oluşu 6458 ve 5543 sayılı Kanunların Suriyelilerin statüsünü açıklamadaki tutarlılığını zayıflattığı kanaatini taşımaktayız.

⁶² https://multeciler.org.tr/turkiyedeki-suriyeli-sayisi/?gad_source=1&gclid=EAIaIQobChMI9sn6iayZhgMV1zsGAB3gYgPREAAYASAAEgJWpPD_BwE, Erişim Tarihi: 09.05.2024.

⁶³ <https://www.bbc.com/turkce/articles/c1e29v09d3eo>, Erişim Tarihi: 16.03.2024.

⁶⁴ 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 12'nci maddesinde Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnai haller şu şekilde sıralanmıştır: "(1) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Cumhurbaşkanı kararı ile aşağıda belirtilen yabancılar Türk vatandaşlığını kazanabilirler. a) Türkiye'ye sanayi tesisleri

vatandaşlık kazanmanın koşullarının⁶⁶ aranmaması Suriyeliler için rasyonel uyum politika araçlarının devreye konulması aciliyetini arttırmaktadır. Zira vatandaşlık kazanacak olan yabancılar için (Suriyeliler de dahil olmak üzere) genel olarak vatandaşlığa alınma yolunda aranan ve genel olarak da kişi ile vatandaşlığına geçmek istediği devlet arasındaki sıkı irtibat, uyum ve bütünleşmeyi tespite yönelik olduğu ifade edilen şartların hiç birinin aranmaması sebebiyle Türk vatandaşlığını kazanmış olsalar bile toplumla uyum sağladıkları sonucuna

getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler. b) (Ek: 28/7/2016-6735/27 md.) 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu. c) Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler. d) Göçmen olarak kabul edilen kişiler. (2) (Ek: 19/10/2017-7039/29 md.) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunanların talepleri Bakanlıkça reddedilir.”.

⁶⁵ Suriyelilere vatandaşlık verilmesinde en çok başvurulan yöntem 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 12'nci maddesinde sıralanan istisnai hallerdir. Normalde bireysel olarak yabancılar için işletilen istisnai yolla vatandaşlık verilmesi Suriyeliler açısından toplu yolla vatandaşlık kazanılması sürecine dönüşmüştür. Bkz. Cantürk, Safure: Suriyeli Sığınmacıların Vatandaşlığa Geçiş Sürecinde Sosyo-Ekonomik Kapasitenin Rolü, Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 16, Eğitim ve Toplum Özel Sayısı, Aralık 2020, s. 6171.

⁶⁶ 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 11 (1) maddesinde genel yolla vatandaşlığın kazanılmasının koşulları şu şekilde sıralanmaktadır: “*Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar da; a) Kendi millî kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak, b) Başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye’de kesintisiz beş yıl ikamet etmek, c) Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmek, ç) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmamak, d) İyi ahlak sahibi olmak, e) Yeteri kadar Türkçe konuşabilmek, f) Türkiye’de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmak, g) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak, şartları aranır.”.*

Kültürlerarası Arabuluculuğun Toplumsal Uyum Üzerindeki Pozitif Etkileri: Avrupa Birliği'nin Göçmen Entegrasyon Politikası Kapsamında Belçika Örnek Uygulaması ve Türkiye'nin Durumu varılamaz⁶⁷. Bu sebeple göçmenlerin ev sahibi ülke ile bütünleşmesini ifade eden entegrasyon politikalarının da gündeme gelmesi hedeflenen sosyal uyumun yakalanması açısından kritik bir öneme sahiptir⁶⁸.

Göçmenlerin buldukları devletlere entegrasyonunu puanlayan bir kurum olan MIPEX (Migrant Entegration Policy Index) verilerine göre, Türkiye yarı yarıya uyumlu bir entegrasyon politikasına sahiptir. “İşgücü Piyasası Hareketliliği, Aile Birleşimi, Eğitim, Sağlık, Siyasi Katılım, Daimi İkamet, Uyrukluk Kazanmaya Erişim, Ayrımcılık Karşıtlığı” gibi alanlarda yürütülen politikaların puanlaması neticesinde alınan ortalamada Türkiye'nin göçmen entegrasyon politikası 100 üzerinden 43 olarak belirlenmiştir⁶⁹. 6458 sayılı Kanun göçmenlerin Türkiye ile uyumuna ilişkin iyileştirmeler öngörmüş olsa da Türkiye'nin bir göç ülkesi olduğunu kabul etme ve ona göre politikalar oluşturma hususunda tutuk kalmıştır⁷⁰.

⁶⁷ Baran Çelik, Neşe: Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması, TBB Dergisi, S. 130, 2017, s. 412.

⁶⁸ Çalışmada Türkiye mevzuatında göçmenler açısından benimsenen “sosyal uyum” teriminin kullanılmasına özen gösterilmekle beraber, istifade edilen kaynaklarda entegrasyon terimine yer verildiği için bu kavram metinden dışlanmamıştır. Kalıcı şekilde ev sahibi ülkede kalması muhtemel göçmen grupları için entegrasyon terimini, geçici olarak kalıp menşei ülkeye geri dönmesi planlanan göçmen grupları için “sosyal uyum” terimini kullanan çalışmaların aksine; bahsi geçen Suriyeli göçmenlerin geri dönüşlerinin siyasal, sosyal ve ekonomik açıdan karmaşıklığı ve politik açıdan belirsizliği sebebiyle akademik açıdan bu ayrıma gidilmesi değerli görülmemiştir.

⁶⁹ MIPEX, Türkiye- 2019, Bkz. <https://mipex.eu/turkey>, Erişim Tarihi: 16.03.2024.

⁷⁰ Güler: Türkiye’de “uyum” ama nasıl?, KAÜİİBFD., C. 11, Ek Sayı 1, 2020, s. 265. Türkiye'nin göçmen entegrasyon politikasındaki yetersizliklerini yansıtan birçok vaka bulunmaktadır. Bu vakaların en çarpıcılarından birisi Adana’da kaçak şekilde kurulan ve göçmenlerin göçmenleri “tedavi” etmeye çalıştığı “kaçak hastane” vakasıdır. 2020 yılı içerisinde tespit edilen bu kaçak hastanede, kendisini “sağlıkçı” olarak nitelendiren bir göçmen grubu yine göçmenlere yönelik sağlık hizmeti sunmaya çalışmıştır. Bkz. <https://www.cnnturk.com/turkiye/adanada-dolaplarin-icinden-girilen-kacak-hastaneye-baskin?page=1>, Erişim Tarihi: 16.03.2024. Her yönüyle kriminal olduğunu hissettiren bu mekânın göçmenler tarafından ilaçlı tedavi, doğum, ameliyat gibi ağır neticeleri

Belçika örneğinde açıklandığı üzere, sağlık hizmetlerinden faydalanan bir göçmenin karşılaşmış olduğu uyumsuzluk veya çatışmaları çözmeye konusunda hastanede istihdam edilen ve her iki kültürü de tanıyan bir kültürlerarası arabulucunun rol üstlenmesi göçmenlerin resmi kurumlar üzerinden hizmeti daha kolay şekilde almasını sağlayabilecektir. Sağlık hizmetleri alanında kültürlerarası arabuluculuğun özel olarak vurgulanmasının sebebi, küresel ölçekte öncelik verilen bir uygulama alanı olması ile ilişkilidir⁷¹. Ancak göçmenlerle kurulan ilk temaslar da dahil olmak üzere, ülke içerisinde bulunduğu zaman diliminde temas ettiği; eğitim başta olmak üzere tüm resmi ve/veya özel kurumlarla yaşayacağı diyaloglarda kültürlerarası arabuluculuk sisteminin işlevselliği tartışmaya açılabilir. Göç İdaresi Uyum ve İletişim Genel Müdürlüğü başta olmak üzere, Sosyal Hizmetler, yerel yönetimler, AFAD, KIZILAY gibi kurumlar göçmenler ile ilgili yürüttükleri çalışmalarda Türkiye açısından uygulanabilir bir kültürlerarası arabuluculuk modelini belirleyip uygulamaya geçirmeleri, toplumsal uyumu arttırmaya yönelik rasyonel bir adım olacaktır⁷².

olabilecek sağlık süreçlerinde tercih edilebilir bir seçenek olarak kullanılması sağlık hizmetleri alanında Türkiye'nin uygulamış olduğu göçmen-uyumlaştırma politikasının yeterliliği meselesinde soru işaretleri yaratmaktadır.

⁷¹ Verrept, Hans: What are the roles of intercultural mediators in health care and what is the evidence on their contributions and effectiveness in improving accessibility and quality of care for refugees and migrants in the WHO European Region?, Health Evidence Network synthesis report 64, World Health Organization Regional Office for Europe, 2019, s. 6 vd.

⁷² Kültürlerarası arabuluculuğun bahsi geçen genel etkileri toplumsal uyum ve barışa daha çok ihtiyaç duyduğumuz doğal veya insan eliyle meydana gelen afet süreçlerinde daha da önem kazanmaktadır. Yakın dönemde yaşanan ve tüm ülkemizi derinden yaralayan Kahramanmaraş merkezli iki felaket, kültürlerarası arabuluculuk ile afet arasındaki elzem bağı özel olarak vurgulamamızı gerekli kılmaktadır. Zira 2023 tarihli Göç Araştırmaları Derneği tarafından hazırlanan ve saha araştırmalarına dayanan bir rapora göre deprem bölgelerinde, göçmenler; deprem koşullarından kaynaklanan spesifik bir ayrımcılık, nefret söylemi ve düşmanlaştırma içeren davranış ve söylem kalıpları ile karşı karşıya kalabilmektedir. İlgili raporda afet koordinasyonu, afetzedelerin kurtarılması, vefat edenlerin defnedilmesi, barınma, gıda, temiz içme suyu, hijyen, genel afet yardımlarına erişim gibi konularda göçmenlerle kurulan kimi temasların işlevsel yöntemlerle

VII. SONUÇ

Modern dünya, farklı kültürlerden gelen bireylerin uyumlu bir şekilde bir arada yaşayabilme arayışlarını sürdürmektedir. Avrupa Birliği'ndeki pratik uygulamalar, kültürlerarası arabuluculuğun göçmenlerin ev sahibi ülkeye entegrasyonunda önemli bir rol oynayabilecek bir işlevi olduğunu göstermektedir. Klasik anlamda çeviri biliminden farklı olarak; çatışma çözüm metodolojisi alanında uzmanlık ve göçmen kültürüne vakıf olma gibi unsurları da içerisinde barındıran bu arabuluculuk faaliyeti, göçmenlerin sağlık başta olmak üzere diğer temel haklarına erişimini kolaylaştıran bir müessese olarak kabul görmektedir. Belçika, Almanya, Fransa, İsviçre, İtalya gibi birçok Avrupa ülkesinde uygulama alanı bulan bu kurum, göçmenlerin sağlık hizmetlerine erişimini kolaylaştırma gündemini daha ön planda tutan uygulama örneklerini açığa çıkarmıştır.

Dünya Sağlık Örgütü verilerine göre, toplamda 17 Avrupa Birliği üyesi devlet sağlık hizmetlerinde kültürlerarası arabuluculuk uygulamasının genişlemesini desteklemektedir. Belçika ise, 1990'lı yıllardan günümüze kültürlerarası arabuluculuğun sağlık hizmetlerine entegrasyonu konusunda öncü konumda olmuştur. Belçika uygulaması göstermiştir ki, göçmenler kendi kültürlerini tanıyan ve çatışma çözüm yöntemleri konusunda yetkin kişilerin aracılık faaliyetleri ile daha rahat şekilde sağlık hizmetlerine erişim sağlamaktadır. Ayrıca, küresel salgın hastalığın yaygınlaştığı dönemlerde telekonferans hizmeti ile kültürlerarası arabuluculuk faaliyetlerini devam ettirmesi takdiri hak etmektedir. Toplumsal uyum ve barışa en çok ihtiyaç duyulan salgın ve afet dönemlerinde bu spesifik alanın yaşanacak muhtemel çatışmaları engellemede ve/veya mevcut çatışmaları çözmede önemli katkıları bulunacaktır.

Yakın dönemde Ortadoğu'da yaşanan askeri, politik ve sosyolojik gelişmeler yoğun göç hareketlerinin yaşanmasına sebep olmuş ve Türkiye de bu göç hareketlerinden etkilenmiştir. BM raporlarında "göçmenler ülkesi" haline dönüştüğü tespit edilen Türkiye'nin kültür

yapılamadığı ve çeşitli olumsuzlukların yaşanmasının önlenemediği ifade edilmektedir. Bkz. Sert, Deniz/ Danış, Didem/ Sevinin, Eda: Göç ve Deprem: Durum Tespit Raporu, Göç Araştırmaları Derneği ve Fredrich Ebert Stitiftung Derneği, İstanbul 2023, s. 4 vd.

farklılıklarından doğabilmesi muhtemel çatışmaları önleme ve çözme başlığını gündemine daha yoğun şekilde alması gerekmektedir. Zira Türkiye hakkında hazırlanan MIPEX raporu ve yaşanan olumsuz vakalar göstermektedir ki, göçmenlerin temel haklara sorunsuz şekilde erişimi daha fazla güçlendirilmeye ihtiyaç duymaktadır. Yönetmelik açıdan kültürlerarası arabuluculuk faaliyetlerinin başta sağlık olmak üzere, eğitim ve adalet gibi temel kamusal alanlarda yaygınlaştırılması Türkiye'nin toplumsal uyum ve barışını arttıracaktır. Özellikle sağlık hizmetleri alanında yürütmüş olduğu uygulamalarla birçok BM ve AB raporunda örnek olarak işaret edilen Belçika uygulamasının sağlık hizmetleri alanı için model olarak ele alınması göçmen uyum politikasına olumlu katkılar sunacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Buket/ NERGİZ, Ahmet/ GEDİK, Ercan: Uyum Süreci Üzerine Bir Değerlendirme: Göç ve Toplumsal Kabul, Göç Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 2, Temmuz- Aralık 2015.
- ALKAN AYKAÇ, Songül& KARAKAŞ, Mehmet: Entegrasyon, Asimilasyon ve Uyum Kavramları Arasında Türkiye'nin Seçimi, İktisadiyat Sosyal Bilimler Dergisi, Göç ve Mültecilik Özel Sayısı, 2022.
- AZARKAN, Ezeli: Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- BARAN ÇELİK, Neşe: Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması, TBB Dergisi, S. 130, 2017.
- BARAN ÇELİK, Neşe: Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 1, 2015.
- BAYRAM, Mehmet Hanifi: Avrupa Birliği Hukuku Dersleri, Ankara 2018.
- BINANCHINI, Elena: The intercultural mediation: facilitate relations between immigrants and native born citizens, Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza – Vol. IX – N. 1 – Gennaio-Aprile 2015. Bkz. https://www.researchgate.net/publication/304201887_The_Intercultural_Mediation_facilitate_relations_between_immigrants_and_native_born_citizens, Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- CANTÜRK, Safure: Suriyeli Sığınmacıların Vatandaşlığa Geçiş Sürecinde Sosyo-Ekonomik Kapasitenin Rolü, Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 16, Eğitim ve Toplum Özel Sayısı, Aralık 2020.
- CHETAIL, Vincent: The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law, Research Handbook on International Law and Migration, CHETAIL, Vincent /

- BAULOZ GLOUCESTER, Céline (Ed.), Edward Elgar Publishing, Massachusetts 2014. Bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2459366 , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- COCKERHAM, William C.: Medical Sociology, Routledge: Taylor&Francis Group, London and New York 2016.
- DAHINDEN, Janine& CHIMIENI, Milena: Professionelles Sprachmitteln und interkulturelles Vermitteln im Gesundheits-, Sozial-, und Bildungsbereich: Theoretische Perspektiven, Forschungsbericht zuhanden von INTERPRET, Neuchâtel 2002. Bkz. https://www.researchgate.net/publication/33683293_Professionelles_Sprachmitteln_und_interkulturelles_Vermitteln_im_Gesundheits-Sozial-und_Bildungsbereich_Theoretische_Perspektiven , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- DORDEVIC, Dragana (Ed.): Authors: MARJANOVIC, Marija/IDRIS, Ivan/ HARBUTLI, Adam/ SJECLOCA, Vladimir/ MATUSCO, Rajko: Student's Handbook on Cultural Mediation, SlovakAid& UNCHR, Belgrade 2023. <https://data.unhcr.org/en/documents/download/100023> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- ERDİLMEN, Merve: Frameworks and Good Practices of Intercultural Mediationfor Migrant Integration in Europe, IOM UN Migration, September 2021. Bkz. <https://eea.iom.int/sites/g/files/tmzbd1666/files/documents/Frameworks%20and%20good%20practices%20of%20intercultural%20mediation.pdf> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- FOKIN, Vladimir/ BARYSHNIKOV, Vladimir/ BOGOLIUBOYA, Natalia/ NIKOLAEVA, Julia/ IVANNIKOV. Igor/ PORTNYAGINA, Mariya/ RVAZANTSEVA, Natalia/ ELTC, Elena/ CHERNOY, Igor: Multiculturalism in the Modern World, In International Journal of Environmental & Science Education, 11 (18), 2016. Bkz. <http://www.ijese.net/makale/1464.html> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- GÜLER, Hasan: Türkiye'de "uyum" ama nasıl?, KAÜİİBFD., C. 11, Ek Sayı 1, 2020.

Kültürlerarası Arabuluculuğun Toplumsal Uyum Üzerindeki Pozitif Etkileri: Avrupa Birliği'nin Göçmen Entegrasyon Politikası Kapsamında Belçika Örnek Uygulaması ve Türkiye'nin Durumu

- KOÇAK, Mustafa: Çokkültürlülük Açısından Dil Hakları, Liberte Yayınları, Ankara 2013.
- MAHAN, N. Laurana& MAHUNA, L. Joshua: Bridging the Divide: Cross-Cultural Mediation, International Research and Review: Journal of Phi Beta Delta Honor Society for International Scholars, Vol. 7, Num. 1, Fall 2017.
- MARJANOVIC, Vladimir (Ed.), Authors: VJESTICA, Saman Ali& SJEKLOCA, Vladimir: Protection Through Cultural Mediation: Handbook, UNHCR Crisis Response and Policy Centre, Belgrade 2020. Bkz. <https://data.unhcr.org/en/documents/download/83858> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- MAYR, S./WITTEGEN, G./THEODOSIOU, A./ASPIOTI, M./COUNE, I./VERREPT, H./CRUZ, C./DINIZ, M./PANAGIOTOPOULOU, A.I./PAPAGIANNPOULOU, M. T./BIANCONI, L./RAGUSO, C./KACZMARCZYK, D.: Train Intercultural Mediators for a Multicultural Europe, TIME, 2015. Bkz. http://www.mediation-time.eu/images/O2_English.pdf , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- MENGÜ, Enver& YAMAN, Ömer Miraç: Türkiye'deki Suriyelilerin Geleceğine İlişkin Göç Politikasına Saha Çalışmalarının Bakışı: Nitel Bir Çalışma, Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 12, S. 4, 2023.
- MIPEX, Türkiye- 2019, Bkz. <https://mipex.eu/turkey> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- NIESSEN, Jan& HUDDLESTON, Thomas: Handbook on Integration for policy-makers and practitioners, European Commission, April 2010. Bkz. https://migrant-integration.ec.europa.eu/sites/default/files/2010-04/doc1_12892_168517401.pdf, Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- NUHOĞLU, Ayşe: Sünnet ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013.
- OK ŞEHİTOĞLU, Betül: Türkiye'de Göçmenlerin Entegrasyonu Mevcut Durum ve Öneriler, İLKE İlim Kültür Vakfı Yayınları, İlke Politika Notu 35, İlke Yayın No: 115, 2021. Bkz.

- https://ilke.org.tr/images/yayin/pn_35/todam_pn_35.pdf, Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- ÖZEL, Sibel: Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü, YÜHFD., C.XVII, S. 2, 2020.
- PAREKH, Bhikhu: Çok Kültürlülüğü Yeniden Düşünmek, Bilge Tanrıseven (Çev.), Phoenix Yayınevi, Ankara 2002.
- PERRUCHOUD, Richard& REDPATH CROSS, Jillyanne (Ed.): Uluslararası Göç Örgütü (IOM), Uluslararası Göç Hukuku No: 31, 2. Baskı. Bkz. https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf, Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- PORTERA, Agostino/ TREVISAN, Michael S./ MILANI, Marta: A Status Report on School Intercultural Mediation in Europe, Journal of Educational, Cultural and Psychological Studies, No. 22, 2020. Bkz. https://www.researchgate.net/publication/347651253_A_Status_Report_on_School_Intercultural_Mediation_in_Europe , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- PORTERA, Agostino: "Intercultural Mediation From a European Perspective", BUSH, Dominic (Ed.): The Routledge of Intercultural Mediation, Routledge Taylor& Francis Groupe, New York and London 2023.
- PORTERA, Agostino: Intercultural Competences in Mediation, Counselling and Psychotherapy, PORTERA, Agostino/ MOODLEY, Roy/ MILANI, Marta (Ed.): In Intercultural Mediation Counselling and Psychotherapy in Europe, Cambridge Scholars Publishing, 2020. Bkz. <https://www.cambridgescholars.com/resources/pdfs/978-1-5275-4668-4-sample.pdf> , Erişim Tarihi: 16.03.2020.
- RAKOVIKA, Blodina& LANOVITZ, Sara: Cultural Mediation: An inclusive solution to help reduce the cultural and language barriers experienced by survivors of trafficking, Hibiscus Initiatives, London 2021. Bkz. <https://wearenwjc.org.uk/resource/cultural-mediation-an-inclusive-solution-to-help-reduce-the-cultural-and-language->

Kültürlerarası Arabuluculuğun Toplumsal Uyum Üzerindeki Pozitif Etkileri: Avrupa Birliği'nin Göçmen Entegrasyon Politikası Kapsamında Belçika Örnek Uygulaması ve Türkiye'nin Durumu

- [barriers-experienced-by-survivors-of-trafficking/](#) , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- SERT, Deniz/ DANIŞ, Didem/ SEVİNİN, Eda: Göç ve Deprem: Durum Tespit Raporu, Göç Araştırmaları Derneği ve Fredrich Ebert Stitiftung Derneği, İstanbul 2023. Bkz. <https://gocarastirmalaridernegi.org/tr/calismalar/arastirmalar/goc-ve-deprem-durum-tespit-raporu/311-goc-ve-deprem-durum-tespit-raporu> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- SJEKLOCA, Vladimir (Ed.): Authors: MARJANOVIC, Marija& HARBUTLI, Adam: Standards On Cultural Mediation In Protection, UNHCR Crisis Response and Policy Centre, Belgrade 2021. Bkz. <https://reliefweb.int/report/world/standards-cultural-mediation-protection> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- THEODOSIOU, A.& ASPIOTI M. (Ed.): Authors: KLEMM, I./ WITTGEN, G./ I. COUNE, I. / VERREPT, H./ CRUZ, C./ DINIZ, M./ PANAGIOTIPOULOU, A.I./ PAPAIANNOPOULOU, M.T./ ROZI, A./ BASILI, N./ BIANCONI, L./ RAGUSO, C./ KACZMARCZYK, D.: Research Report On Intercultural Mediation For Immigrants In Europe, TIME Train Intercultural Mediators for a Multicultural Europe, 2016. Bkz. http://www.mediation-time.eu/images/TIME_O1_Research_Report_v.2016.pdf , Erişim Tarihi: 16.03.2024.
- TONIOLI, Valeria& BRICHESE, Annalisa: La mediazione interlinguistica ed interculturale Competenze comunicative interculturali, tecniche e strategie dei mediatori, EL.LE, Vol. 4, Num. 3, 2015. Bkz. https://edizionicafoscari.unive.it/media/pdf/article/elle/2015/3/art-10.14277-2280-6792-ELLE-4-3-15-3_xPKcf4B.pdf , Erişim Tarihi: 16.03.2016.
- UNHCR, Türkiye Bilgi Notu, Şubat 2023, Bkz. https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2023/03/Bi-annual-fact-sheet-2023-02-TurkiyeF_TR.pdf , Erişim Tarihi: 16.03.2024.

United Nations (UN), Guidance for Effective Mediation, New York 2012. Bkz. <https://peacemaker.un.org/resources/guidance-effective-mediation> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.

ÜYE, Saim: Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaştırma, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, İstanbul Barosu, S. 17, 2007.

ÜYE, Saim: Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/3.

VERREPT, Hans& COUNE, Isabelle: Guide for Intercultural Mediation in Health Care. Bkz. https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/2017_11_14_guide_english_0.pdf , Erişim Tarihi: 16.03.2024.

VERREPT, Hans: What are the roles of intercultural mediators in health care and what is the evidence on their contributions and effectiveness in improving accessibility and quality of care for refugees and migrants in the WHO European Region?, Health Evidence Network synthesis report 64, World Health Organization Regional Office for Europe, 2019. Bkz. <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/327321/9789289054355-eng.pdf?sequence=3> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.

VERREPT, Hans: What Are the Roles of Intercultural Mediators in Health Care and What Is the Evidence on Their Contributions and Effectiveness in Improving Accessibility and Quality of Care for Refugees and Migrants in the WHO European Region?, Health Evidence Network Synthesis Report 44, World Health Organization, Regional Office for Europe, 2019. Bkz. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31790163/> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.

https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/cultural-mediator_en , Erişim Tarihi: 16.03.2024.

<https://www.ab.gov.tr/p.php?e=41515> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.

Kültürlerarası Arbuluculuğun Toplumsal Uyum Üzerindeki Pozitif Etkileri: Avrupa Birliği'nin Göçmen Entegrasyon Politikası Kapsamında Belçika Örnek Uygulaması ve Türkiye'nin Durumu

https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/cultural-mediator_en , Erişim Tarihi: 16.03.2024.

<https://www.cnnturk.com/turkiye/adanada-dolaplarin-icinden-girilen-kacak-hastaneye-baskin?page=1> , Erişim Tarihi: 16.03.2024.

<https://www.goc.gov.tr/uyum-hakkinda>, Erişim Tarihi: 16.03.2024.

**THE JUDGMENT OF *THE ORDALI* IN THE FIRST
WRITTEN LAW OF MESOPOTAMIA AND ITS
REFLECTIONS ON OTHER CULTURES**

Enver AKIN*

ABSTRACT

Ordali, derived from the words “Ordal” in English and “Urteil” in German, meaning judgment, is a method of throwing people into the raging water to find out whether the accused are guilty or not. In the trial conducted under the control of the administrators, under the control of the temple and under the supervision of the judges, those who were thrown into the raging waters and crossed the river without drowning were considered innocent, and those who could not cross the river and drowned were considered guilty. It is understood that this form of judgment, which was applied for the first time in the world on the Tigris and Euphrates rivers in Mesopotamia, actually turned into a form of divine judgment originating from the idea that these two rivers that give life to the region can only cleanse the evil (criminals) with their waters. We encounter the first information about the river ordali in the Urukagina laws, known as the earliest laws. In the 6th article of the Urukagina laws, it is stated that previously women were owned by two men without punishment, but now such women are thrown into the water (ordali). In the Ur-Nammu laws, we see the practice of

* Öğr. Gör. Dr., Dicle Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Arkeoloji Klasik Arkeoloji Anabilim Dalı, E-mail: akinenver01@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1588-8113.

Makalenin Gönderim Tarihi : 16.12.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 22.05.2024.

“throwing into the river” in cases of magic and adultery. In Article 10, if a man accuses a man of witchcraft, the accused man is taken to the river god and thrown into the river. In the laws of Ana Ittishu in Mesopotamia, in Article 1, if a woman hates her husband and tells him that you are not my husband, that woman will be thrown into the river. According to Article 28 of the Eşnunna law, the penalty for a married woman who commits adultery is death. We can also see some different practices in the laws of Hammurabi, which are the most detailed among the Mesopotamian laws. According to Article 132 of the Code of Hammurabi, if a man’s wife is accused of adultery by another man and is caught sleeping with a man, they are thrown into the water together. In the laws of Hammurabi, the important reasons for a woman to be thrown into the river include not keeping her house in order, not protecting her husband’s property, speaking badly about her husband, or being a street-loving person. Again, in Article 2 of the Code of Hammurabi, the harshness of the decisions for river trials, especially regarding witchcraft and slander, is striking. In the Middle Assyrian Laws, the practice of “throwing into water” was also practiced in case of adultery. Article 17 states that if a man accuses a married woman of adultery and there is no witness, the man who slandered will be thrown into the water just as the woman who was slandered will be thrown into the water. Likewise, the practice of river ordeal continued in the Neo-Assyrian Period. The most important cities in Mesopotamia where river ordeal was made the cities of Hit, famous for its oil spills, and Sippar, the cult center of the god Shamash, to whom Hammurabi attributed his laws. We learn from written sources that river ordeal was also practiced in Anatolia, which was influenced by Mesopotamia. We also encounter some practices reminiscent of ordali on the Nile River, which gave life to Egypt. Although the application of River Ordali is not directly encountered in Greek and Roman cultures, it is seen that river gods and water resources have an important place in some legal practices and decisions due to the influence of Mesopotamia.

Keywords: River Ordali, law, Mesopotamia, Urukagina, Hammurabi, Anatolia, Egypt, Greece and Rome.

MEZOPOTAMYA’NIN İLK YAZILI HUKUKUNDA ORDALI VE DİĞER KÜLTÜRLERE YANSIMASI

ÖZ

Yargılama anlamında İngilizce’de “Ordal” ve Almanca’da “Urteil” kelimelerinden türetilmiş olan ordali, suçlananların suçlu olup olmadıklarını anlayabilmek üzere insanları azgın suya atma yöntemidir. Yönetiçilerin

kontrolüyle, tapınak denetiminde ve hakimlerin gözetiminde yapılan yargılamada azgın sulara atılanlardan ırmağı boğulmadan geçenler suçsuz, geçemeyerek boğulanlar ise suçlu sayılmıştır. Dünyada ilk defa Mezopotamya’da Dicle ve Fırat ırmaklarında uygulanan bu yargılama biçiminin aslında bölgeye hayat veren bu iki ırmağın kötülükleri de (suçluları) ancak sularıyla temizleyebileceği düşüncesinden kaynaklanmış bir ilahi yargılama biçimine dönüştüğü anlaşılmaktadır. En erken kanun olarak bilinen Urukagina kanunlarında nehir ordali ile ilgili ilk bilgiler ile karşılaşmaktayız. Urukagina kanunlarının 6. maddesinde önceleri kadınlar ceza görmeden iki erkek tarafından sahipleniyorken şimdi böyle kadınlar suya atılırlar (ordali) denilmektedir. Ur-Nammu kanunlarında büyü ve zina hususunda “nehre atılma” uygulamasını görmekteyiz. Madde 10’da eğer bir adam, bir adamı büyücülükle suçlarsa, suçlanan adam nehir tanrısına götürülerek nehre atılır. Mezopotamya’da Ana İttişu kanunlarında maddel’de eğer bir kadın, kocasından nefret eder ve ona benim kocam değilsin diyorsa, o kadın nehre atılacaktır. Eşnunna kanununun 28. maddesine göre ise zina yapan evli kadının cezası ölümdür denilmektedir. Mezopotamya kanunları içerisinde en ayrıntı veren Hammurabi kanunlarında farklı bazı uygulamaları da görebilmekteyiz. Hammurabi kanunlarının 132. maddesinde eğer bir adamın karısı başka bir erkek tarafından zina ile suçlandığında, bir erkekle yatarken yakalanırsa birlikte suya atılırlar. Hammurabi kanunlarında ayrıca kadının evinin düzenini sağlamaması, kocasının malını korumaması, kocası için kötü sözler sarf etmesi veya sokağa düşkün bir kişi olması da nehre atılması için önemli sebepler olarak gösterilmiştir. Yine Hammurabi kanununun 2. maddesinde özellikle büyücülük ve iftira konusunda nehir yargılaması için kararların sertliği dikkat çekicidir. Orta Asur Kanunlarında da zina durumunda “suya atılma” uygulaması gerçekleştirilmektedir. Madde17’de eğer bir adam evli bir kadını zinayla suçlarsa ve şahidi yoksa, iftira atılan kadın gibi iftirayı atan adam da suya atılacaktır. Aynı şekilde Yeni Asur Döneminde de nehir ordali uygulaması devam etmektedir. Mezopotamya’da nehir ordalinin yapıldığı en önemli kentler petrol sızıntılarıyla ünlü Hit ve Hammurabi’nin kanunlarını atfettiği tanrı Şamaş’ın kült merkezi Sippar kentleri olmuştur. Mezopotamya’dan etkilenen Anadolu’da da nehir ordalinin uygulandığını yazılı kaynaklardan öğrenmekteyiz. Mısır’a hayat veren Nil Nehri’nde de ordaliyi anımsatan bazı uygulamalar ile karşılaşmaktayız. Grek ve Roma kültürlerinde doğrudan Nehir Ordali uygulaması ile karşılaşılmasa da Mezopotamya etkisiyle nehir tanrıları ve su kaynaklarının bazı hukuk uygulamaları ve kararlarda önemli yer tuttuğu görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Nehir Ordali, hukuk, Mezopotamya, Urukagina, Hammurabi, Anadolu, Mısır, Grek ve Roma.

I. INTRODUCTION

Since water is one of the most important needs of life for human beings, along with food, it is seen that the first civilizations developed in

areas close to water resources. Water, which is indispensable for both themselves and the game animals and plants they depend on, has been turned into a cult by people since the early periods as the most important value that constructs life. It is understood that after Emmer and Eincorn wheat were cultivated in Çayönü, a Neolithic settlement in Southeastern Anatolia¹ southward migration was initiated by following the valleys of the Tigris and Euphrates rivers for wheat cultivation². While the water god “Ea” (Enki), one of the most important gods of the Mesopotamian civilization that developed with agriculture, is also depicted on seals as the god of reason, intelligence and justice, with water gushing on his shoulders³, this god was actually the representation of the Tigris and Euphrates rivers⁴. Mesopotamia, which became extremely attractive for people’s lives, was especially visited in B.C. In the 4th millennium, immigrants began to arrive from different geographies⁵ and painful process was experienced in the cities that grew under the influence of these irregular migrations . It is understood that one of the reasons why⁶ the first written laws⁷ emerged in this painful period⁸ was to prevent

¹ BRAIDWOOD, Robert: Prehistoric Man (trans. B. Altınok). Archeology and Art Publications, Trial, Criticism and History Series: 14, Istanbul, 1995, p. 35.

² AKIN, Enver: Migrations in Anatolia and Its Surroundings in Ancient Times, 5th International Economy, Politics and Management Symposium (İSEPA), Diyarbakır, 2022, p. 103.

³ BLACK, Jeremy and GREEN, Anthony: Dictionary of Mesopotamian Mythology, Gods, Demons, Symbols, AramYayıncılık, İstanbul, 2003, p. 71.

⁴ KRAMER, Samuel Noah: Sumerian Mythology, Hamide Koyukan (trans.), Kabcacı Publishing House, Istanbul, 1999, p.114.

⁵ MEMİŞ, Ekrem and BÜLBÜL, Cemil: Amurru (The Oldest Ancestors of the Arabs), Fırat University Middle East Research Center Publication, Elâzığ, 2012, p. 46, 49.

⁶ FRANGIPANE, Marcella: The Birth of the State in the Near East, Archeology and Art Publications, Istanbul, 2002, p. 11th; BIEDLER, Murray: “Hydropolitics of the Tigris-Euphrates River Basin With Implications for the European Union”, Hydrology, Rhode University, South Africa, 2004, p. 4.

⁷ KRAMER, Samuel Noah: Sumerler, Istanbul, 2002, p. 309; IŞIK Adam: The First Cities and the Transition to Written Civilization, Blue Atlas,6 (2)/2018, p. 58.

⁸ NISSEN Hans Jörg: “Mesopotamia in Main Line”, Trans. Zühre İlgelen, Archeology and Art Publications, Istanbul, 2004, p. 105.

problems that may arise between immigrants from different geographies and different cultures and settled communities. In these first written laws, in order to ensure justice in this new social structure consisting of different cultural groups, the divine rivers Tigris and Euphrates, which gave life to the region and were respected by everyone living here as the reason for their existence, were adopted as judge-gods (Ordali)⁹.

Ordali is derived from the words “Ordal” in English and “Urteil” in German, meaning judgment¹⁰, and is a method of throwing people into raging water to find out whether the accused are guilty or not (the idea that water that cleans everything also cleans evil spirits). In the trial held under the control of the temple and under the supervision of the judges¹¹, those who were thrown into the raging waters and crossed the river without drowning were deemed innocent, and those who could not cross the river and drowned were deemed guilty¹². It is understood that this form of judgment, which was applied for the first time in the world on the Tigris and Euphrates rivers in Mesopotamia¹³, actually turned into a form of divine judgment arising from the idea that these two rivers that give life to the region can only cleanse the evil (criminals) with their waters. Similar to the practice in Mesopotamia, we see that river ordali was applied in Kızılırmak, which played an important role in the development of the Hittite civilization in Anatolia, and we also encounter some practices reminiscent of ordali in the Nile River, which gave life to Egypt. Although there is no direct application of River Ordali in Greek and Roman cultures, it is seen that river gods and water resources have an

⁹ FRIEDEL, Egon: *The Cultural History of Egypt and the Ancient Near East*, Trans. Ersel Kayaoğlu, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006, p. 236; KLENGEL, Horst: *King Hammurabi and the Babylonian Diary*, Trans. Nesrin Oral, Telos Publications, Istanbul, 2001, p. 202.

¹⁰ LAFONT Bertrand: “The Ordeal”, *Everyday Life in Ancient Mesopotamia*, Ed.: J. Bottero, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, Maryland, 2001, p. 276.

¹¹ WESTBROOK Raymond: *Old Babylonian Period. A History of Ancient Near Eastern Law. Handbook of Oriental Studies*, 2003, 1, p. 361- 430.

¹² ZACCAGNINI Carlo: “Sacred and Human Components in Ancient Near Eastern Law”, *History of Religions*, The University of Chicago Press, Vol.33, No.3 (Feb.), 1994, p. 267.

¹³ FRYMER-KENSKY, Tikva Smone: *The Judicial Ordeal In The Ancient Near East. (volumes I & II)*. Diss. Yale University, 1977, p. 66; LAFONT Bertrand: *The Trial of the Mesopotamian River Gods*, *Ancient Near East*, (Ed. J. Bottero), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, p. 200-209.

important place in some legal practices. River trial was used as a trial method in the inquisition courts of the Middle Ages as well as in ancient societies. In these courts established in the Middle Ages, when confessions were not received, the defendant was thrown into the raging waters, and if he managed to avoid drowning, it was decided that he would be burned to death¹⁴.

II. MESOPOTAMIA

River ordali, which was primarily a divine judgment in Mesopotamia, became a form of judgment and punishment used on issues such as adultery, casting spells, dividing property, and gossiping¹⁵. It seems that some special rules are applied to show seriousness in such important trials¹⁶. For example, the defendant who was decided to be thrown into the river had to spend the night in a special place before this test. It was mandatory for the defendant, whose hands and feet were washed, to repeat the words ordered by the regional king who would be present at the exam during the “dawn” when the sun began to rise. In this practice, rituals such as the defendant spending the night in a special place, washing his hands and feet, and repeating the words commanded by the king before the sunrise are included, and it is understood that the power of the local kings is combined with belief behind the shaping of this form of judgment. It is understood from written sources that the places where the exam for river ordali is held are special places¹⁷. It is noteworthy that these mysterious places, believed to reveal the divine

¹⁴ BOZKURT, H. Argun: “Law in Anatolia in Ancient Ages (Hittite-Assyrian-Sumerian)”, *Hukuk Gündemi Magazine*, issue: 3, 2009, p. 79-82.

¹⁵ The legal articles in Mesopotamian law discussed in this study were evaluated according to the order put forward by researchers working on the subject.

¹⁶ FLORIOTI, Hanım Hande Durmuş and DEMİRCİ Gözde: An interesting crime detection and punishment method in cuneiform law texts: throwing into water, *Journal of Historical Research*, Volume: 32, Issue: 54,1, 2013, p. 31.

¹⁷ Whichever river the cities where the river ordali was practiced was located near, the practice took place on that river. For example, since the city of Hit was on the Euphrates, the ordali took place in the Euphrates River, and since the city of Assyria was on the Tigris, the ordali took place in the Tigris River.

power, were specifically chosen¹⁸. For example, one of the most important cities in Mesopotamia where river ordeal was made was the city of Hit, near Babylon and Mari¹⁹. This place was famous as the “City of the River of Judgment”, where people accused of matters such as adultery and sorcery, or those who claimed property, were thrown into the Euphrates River, which passes through here, to prove their case. The most important reason why this city was considered the City of the River of Judgment was that, in addition to being a leading trade center, bitumen (pitch), the raw material of today’s oil, mysteriously (divinely) surfaced here through leakage (Figure 1). While a criminal-person who was thrown into the water from which the tar spring emerged was poisoned and died in a short time due to swallowing intensely carbonated water, it was accepted as divine that the person was brought to the surface due to the strong leakage coming out of the water²⁰. In Mesopotamia, bitumen, which was used in many areas from its use in Mesopotamia to obtain strong heat for melting metal and as an insulation material in ships, to architecture and health,²¹ was observed to be cleaned by the Euphrates River after mixing with it. It was accepted as a cleansing judge-god in the Hit city of the Euphrates River. should be an important factor.

¹⁸ ARSLAN, Yavuz: Some Evaluations on the Implementation of River Judgment in Mesopotamia, Bitlis Eren University, Journal of Social Sciences, 10(2), 2021, p. 4.

¹⁹ KUHRT, Amelie: Near East in Ancient Age-3000-330 B.C., Trans.: D. Şendil, Volume: I-II, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Volume I, Istanbul, 2013, p. 138.

²⁰ HEÏMPEL Wolfgang: The River Ordeal in Hit, Revue d'Assyriologie et d'archéologie orientale, 90, (1), 1996, p. 8, 10.

²¹ CONNAN, Jaques, KAVAK, Orhan-AKİN, Enver-YALÇIN, Mehmet Kemal, -IMBUS, Kendra-ZUMBERGE, John, Identification and origin of bitumen in Neolithic artefacts from Demirköy Höyük (8100 BC): Comparison with oil seeps and crude oils from southeastern Turkey, Organic Geochemistry 37 (12), 2008, p. 1723-1724.



Figure 1: Map showing Mesopotamia and its surrounding geography. (Source: <https://tr.wikipedia.org/wiki/>).

Another important center where judgments took place in Mesopotamia was the city of Sippar near Babylon²². Founded where the Tigris and Euphrates rivers approach each other, this city was not only a very important place in terms of agricultural production²³, but also a rich city built on the trade routes coming from the east and reaching the Eastern Mediterranean ports²⁴. It is understood that Sippar gained the identity of the city of river trials, especially because²⁵ it turned into an important cult center with its temples in the city center dedicated to

²² LAFONT, 2005, p. 203.; ÖZ, Esma: “The Concept of Justice in the Formation of Legal Rules in Ancient Mesopotamia and the Application of River/Water Ordali in the Solution of Some Legal Problems”, Gift to Cahit Günbattu, Editors, İ. Albayrak, H. Erol, M. Çayır, Ankara, 2015, p. 193, 198.

²³ KILIÇ, Yusuf and FLORIOTI, Hanım Hande Duymuş; “Religious Women (Nuns) in Ancient Mesopotamia”, Turkish Journal of Social Research, Year 13, No. 1, April 2009, p.165, 166.

²⁴ SEVİN, Veli: Neo-Assyrian Art I-Mimarlık, TTK, 1999, Ankara, p. 190

²⁵ HOOKE, Samuel Henri: Middle Eastern Mythology, Alaeddin Şenel (trans.), İmge Publishing House Ankara, 2002, p. 85; FLORIOTI and DEMİRCİ, 2013. p. 31.

Shamash, the god of justice, to whom Marduk and Hammurabi attributed their laws²⁶ (Figure 1).

Mesopotamia, which became an important geography after the Neolithic age, turned into a region where cities developed where different ethnic groups lived together due to migrations²⁷. B.C. It is observed that written laws began to emerge in Mesopotamia after the invention of writing in the last quarter of the 4th millennium BC²⁸. We encounter the first information about the river ordali²⁹ in the Urukagina (2375 BC) laws, known as the earliest law³⁰. In Article 6 of the Urukagina Laws, it is stated that while women were previously owned by two men without punishment (they could marry two different men), now such women are thrown into the water (ordali)³¹. While Urukagina conveys the old and new position of women here, we understand that the king is actually trying to protect and secure the new moral structure formed in society by introducing the river ordali practice to those who want to continue the old one. It is understood that in this period, in addition to economic penalties for crimes such as adultery, rape and breaking of marriage, penalties of being thrown into the river (like today's monetary penalty) were also applied³².

²⁶ MAHMOOD, Lina: Two Cities of Sippar: Tell Abu-Habbah and Tell ed-Der (Master's Thesis). Stony Brook University: New York, 2006, p. 2, 66; MIEROOP, Mark Van De: King Hammurabi of Babylon. USA: Blackwell Publishing, 2005, p. 80, 99, 123.

²⁷ BÜLBÜL, Cemil: Amurru Migrations and the Roles of Amurru in the History of Ancient Asia Minor, Ankara University Faculty of Language History and Geography, Journal of Historical Research, Ankara, 2010, p. 31

²⁸ NISSEN, p. 3-7.

²⁹ IŞIK, p. 57, 58.

³⁰ FİDAN, Sezer Seçer: River Ordeal in Hittite Written Documents, Anadolu Researches, AnAr, 2023, p. 74.

³¹ BİLGİÇ, Emin: "Conception of Law and Tradition in Ancient Mesopotamian Tribes", Ankara University DTCF Magazine, XXI/3-4, Ankara, 1963, p. 107, 108; TOSUN Mebrure and YALVAÇ, Kadriye: Sümer, Babylon, Assyria Laws and Ammi-Şaduqa Edict, TTKB, 2nd Edition, Ankara 1989, p. 40-41; EDZARD, Dietz Otto: "Irikagina (Urukagina)", Aula Orientalis, Vol. IX, Barcelona, 1991, p.77, 78.

³² ARSLANTAŞ Yüksel and SEPTİOĞLU, Rüstem Kadri: "Women in Mesopotamia According to Cuneiform Legal Documents", Fırat University Journal of Middle Eastern Studies, Volume: XII, Issue: 1-2, Elazığ, 2016, p. 10, 11.

During the reign of Ur-Namu (2100-2050 BC), the founder of the new Sumerian state, who took power after the collapse of the Akkadian Kingdom, which was established in place of the Sumerian state captured by Sargon (2334-2279 BC),³³ gods were mostly used to protect weak individuals in society³⁴. It is observed that some new legal revisions have been made with the support of Nannar³⁵. In the Ur-Nammu laws³⁶, we see the “throwing into the river” judgment regarding magic and adultery in articles 10 and 11. In Article 10, if a man accuses another man of witchcraft, the accused man is taken to the river god and thrown into the river³⁷. However, if the man thrown into this river is cleared by the river god, the accuser will pay 3 seqels of silver as a penalty. Article 11 states that if a man’s wife is acquitted after being accused of adultery by another man and thrown into the river, the man who accused her shall pay a fine of 1/3 mana of silver³⁸.

In the laws of Ana Ittishu (2060-1960 BC) in Mesopotamia, it is seen that the punishment of being thrown into the water was applied to a woman who hated and rejected her husband. In Article 1, if a woman hates her husband and says to him, “You are not my husband” that woman will be thrown into the river³⁹. However, a man who hated his wife would be given some economic penalty (like today’s fine) instead of this punishment. According to Article 28 of the Eşnunna law (1930 BC), the penalty for a married woman who commits adultery is death⁴⁰.

While in the laws of the Ur-Namu and Ana Ittishu period, when a woman accused by a man was thrown into the river to be cleared and she was cleared by the river, only economic punishment was given to the

³³ KINAL, Füzün: History of Ancient Mesopotamia, AU. DTCF Publications, Ankara, 1983, p. 94, 95.

³⁴ SASSOON, John: Ancient Laws and Modern Problems, Third Millennium Publishing, London, 2001, p. 177.

³⁵ BİLGİÇ, 103-119.; FİNKELESTEİN, Jacob Joel: “The Laws of Ur-Nammu” Journal of Cuneiform Studies, V.XXII, 1969, p. 66-82.

³⁶ It is thought that the laws of Ur-Namu were published by his son Shulgi. For detailed information, see KRAMER, Samuel Noah: “The Ur-Nammu Law Code: Who Was Its Author?”, *Orientalia*, Nova Series, V. LII, 1983, p. 454.

³⁷ LAFONT, 2005, p. 201.

³⁸ KRAMER, 1983, p. 454.

³⁹ TOSUN and YALVAÇ, p. 40-41.

⁴⁰ TOSUN and YALVAÇ, p. 40-41.

accuser, in the laws of Hammurabi (1760 BC), which is the most detailed among the Mesopotamian laws⁴¹ (Figure 2), it is different. We can see some applications⁴².



Figure 2: Hammurabi receiving the laws from the sun god Shamash. (Source: <https://tr.wikipedia.org/wiki/>).

While the punishment of “throwing into water” is often applied to women in matters of adultery, we see some practices showing that men are also thrown into water. Article 132 of the Code of Hammurabi states that if a man’s wife is accused of adultery by another man, even if she is not caught sleeping with a man, she must go to divine river judgment for her husband⁴³. However, it is understood that this divine judgment applied to women regarding adultery is sometimes applied to men in cases where the man is deemed guilty, and sometimes it is applied to the man and woman committing adultery together. Similar practices are seen in articles 129 and 155 of the Code of Hammurabi: In Article 129, if someone’s wife is caught sleeping with another man, they are tied and

⁴¹ A total of 282 laws are included on a 2.25 meter-long stele. For this subject, see HARPER, Robert Francis: Code of Hammurabi, Argus Press, 1901, p. one.

⁴² MIEROOP, p. 123.; WESTBROOK, p. 361; AYDIN Nafiz, Hammurabi's Laws, Alfa Basım Yayım Dağıtım San. and Tic. Ltd. Şti., Istanbul, 2017, p. 21.

⁴³ ROTH, Martha Tobi-HOFFNER, Harry A-MICHALOWSKĪ, Piotr: Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor, Scholars press, Second Edition, Atlanta, Georgia, 1997, p. 283.; TOSUN and YALVAÇ, p. 40, 41.

thrown into the water. However, if the husband of the woman who will be thrown into the water wants his wife to live, the king will allow the other man to live⁴⁴. In Article 155, we encounter a situation regarding the moral rules within the family; If a man buys a bride for his son and is caught lying on the bosom of the bride he bought for his son, they will tie that man and throw him into the water⁴⁵. In the laws of Hammurabi, the important reasons for a woman to be thrown into the river include not keeping her house in order, not protecting her husband's property, speaking bad words about her husband, or being a street-loving person⁴⁶. Article 133a stipulates that if a man has food in his house, even if he is taken by force and taken to another place, his wife will protect his property and he cannot enter someone else's house. In Article 133b, which specifies the punishment for the same crime, it is stated that if that woman does not protect her property and enters another house, if that woman's situation is proven,⁴⁷ she will be punished by being thrown into the water. In Article 143, it is stated that if a woman is spoiled, does not act carefully, damages the belongings of her house and disparages her husband, that woman will be thrown into the water⁴⁸. In the 2nd article of Hammurabi's laws (Figure 3), which is also quite advanced compared to the others, the harshness of the decisions for the river trial, especially regarding slander related to witchcraft, is striking⁴⁹. If a man claims that he cast a spell on another man and does not prove it, the slandered man will be thrown into the river. If the man thrown into the river drowns, the slanderer will be able to take his property and property. However, if that man thrown into the river survives the river test, the man who slandered him will be killed and the slandered man will inherit the property of the slain slanderer⁵⁰.

⁴⁴ ROTH-HOFFNER-MICHOLAWSKI, p. 283.

⁴⁵ HARPER, p. 31, 35.

⁴⁶ BOTTERO, Jean, "The Rights of Babylonian Women", Eski Near East, Der.J.Bottero, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, p. 130.

⁴⁷ TOSUN and YALVAÇ, p. 40, 41.

⁴⁸ ROTH-HOFFNER-MICHALOWSKI, p. 283.

⁴⁹ DAVIES, William Walter: The Codes of Hammurabi and Moses. New York: Eaton and Mains, 1905, p. 23.

⁵⁰ ROTH, Martha Tobi, Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor. Atlanta, Georgia: Scholars Press, 1995, p. 81.

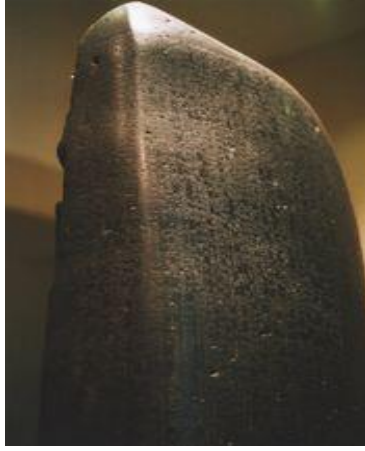


Figure 3: Stele on which the 282-item Hammurabi laws were written, found in Susa (1792-1750 BC). (Source: <https://tr.wikipedia.org/wiki>).

It is understood that the practice of being thrown into the river, which is generally seen in matters such as adultery, witchcraft and inheritance division, was also applied in some commercial matters in Article 108 of the Code of Hammurabi. However, it is noteworthy that here again the punishment of being thrown into the river is applied to women. For example, in Article 108, if a female innkeeper does not accept grain in exchange for the price of drink (beer) and accepts a large measure of silver instead, and the value of that drink is lower than the value of the grain, that female innkeeper will be deemed guilty and will be thrown into the water⁵¹.

In the Middle Assyrian Laws⁵², the practice of “throwing into water” was also practiced in case of adultery. Article 17 states that if a man accuses a married woman of adultery and there is no witness, the man who slandered will be thrown into the water just as the woman who was slandered will be thrown into the water⁵³. Article 22 deals with the accusation of adultery against a woman who goes on a journey with a

⁵¹ KITCHEN Kenneth A. and LAWRENCE, Paul NJ: Treaty, Law and Covenant in the Ancient Near East, Part 1: The Texts, Harrassowitz Verlag: Wiesbaden, 2012, p. 1086.; TOSUN and YALVAÇ, p. 40, 41.

⁵² AKYÜZ, Faruk: Nehir Ordali in Assyrian Documents, OANNES, International Journal of Ancient History Research, 2/2, 2020, p. 167, 168.

⁵³ ROTH-HOFFNER-MICHALOWSKI, p. 283.; TOSUN and YALVAÇ p. 40, 41.; KITCHEN-LAWRENCE, p. 1086.

man other than her husband or relative. From this it becomes clear that it is not only the woman accused of adultery who has to go to divine judgment, but also the one who is thrown into the water on the side of the accuser⁵⁴. Again, in the Middle Assyrian laws,⁵⁵ in Article 24, it is stated that judgment is applied in cases of denial and adultery between spouses, and in Article 25, it is stated that there is no need to go to the river and take an oath while explaining how a woman whose husband dies should benefit from the inheritance. Article 24 states that if a man's wife goes away from him and stays in the same or another city (staying for 3-4 nights), even if the owner of the house is not aware that it is the wife of a man who lives in his house, when that woman is caught by her husband, he takes his wife back and the wife of the man with whom his wife lives is taken back. Their ears will be cut off. However, if the necessary fines are paid and the parties give up their complaints, the accused will be deemed clean⁵⁶. It is understood that the issue of property distribution was also tried to be secured in Assyrian laws. In Article 25, if a woman stays in her father's house because her husband has died, she receives her share of the valuables and inheritance that her siblings do not share, even if she does not have children. For the remaining inheritance, they must apply to God's decision and receive the inheritance, and they cannot be forced to take river judgment or oath⁵⁷.

Likewise, the practice of river armies continued in the Neo-Assyrian Period. During this period, the use of being thrown into the river to detect a crime under the arbitration of the River God (Nârum/Nârim) in Mesopotamia can be seen in the written legal rules, especially in the articles regarding adultery and witchcraft. In these articles, the expressions: "ana dÎD illak dÎD išalliamma: He will go to the river (and) dive into the river" are clearly read⁵⁸. In a text dated to the beginning of the reign of Ashurbanipal (668-626 BC) in the Neo-Assyrian Period, it is seen that the term "Hursanu" was used differently for Nehir Ordali in two accusations made by Asalluhi-nadin-ahi⁵⁹.

⁵⁴ FLORIOTI and DEMİRCİ, p. 31.

⁵⁵ AKYUZ, p. 167, 167.

⁵⁶ TOSUN and YALVAÇ, p. 40-41.; KITCHEN and LAWRENCE, p. 1086

⁵⁷ ROTH-HOFFNER-MICHALOWSKI, p. 283.; TOSUN and YALVAÇ, p. 40, 41.

⁵⁸ FLORIOTI and DEMİRCİ, p. 29.

⁵⁹ KATAJA, Laura: "A Neo-Assyrian Document on Two cases of River Ordeal", SAAB 1 /2, Helsinki, 1987, p.66, 67; FAÏST, Betina: 014. "The

III. ANATOLIA

It is known that Hittite law was under the influence of Mesopotamian law⁶⁰. Detecting crimes by throwing them into water, which was seen in Mesopotamian societies, was a practice that influenced the Hittites and was adopted by them⁶¹. In the tablets unearthed in Kültepe near Kayseri in 1962, information was found about the practice of people committing crimes going to the river (throwing them), that is, resorting to the arbitration of the River God (dNārum) to prove the crime (nehir ordali)⁶² (Figure 4). However, although there are places in the Hittite texts recovered so far where river ordal is mentioned within the framework of the phrase *ıDya/hapa pai* - “going to the river”⁶³, it is noteworthy that there is no legal provision on this subject in the Hittite laws⁶⁴.

Ordeal in The Neo-Assyrian Legal Procedure” in: AOAT 412, Ugarit-Verlag, Münster, 2014, p. 189–200.

⁶⁰ TOSUN, Mebrure: “Law, Code and Justice Concepts and Related Terms in Sumerian, Babylonian and Assyrians”, *Bellefen*, XXXVII/148, TTK, Ankara, 1973, p. 561.

⁶¹ HOUT, Theo Van Den: Ordal. B. Bei den Hethitern, *Reallexikon der Assyriologie* 10, 2003-2005, p. 129, 130.

⁶² GÜNBATTI, Cahit: “Water Ordali” in Ancient Anatolia. *Archivum Anatolicum Anatolian Archives*, 1995, p. 4, 85-86.

⁶³ SEVİMLİ, Şükran: Water Use in the Value System of the Ancient Hittite Civilization of Anatolia, National Water Days 6-8 October 2004, *Proceedings*, İzmir, 2004, p. 268.

⁶⁴ IMPARATI, Fiorella: Hittite Laws Trans. Erendiz Özbayoğlu, Italian Cultural Delegation, 1992, Ankara, p.139; TOPÇUOĞLU, Hamide: “The Origin of Ancient Israeli Law, Its Characteristics and Its Relationship with the Law of Hammurabi”, *A.Ü. Faculty of Law Journal*, 1948, Vol.5, P.1-4, p. 294; FIDAN, p. 75.

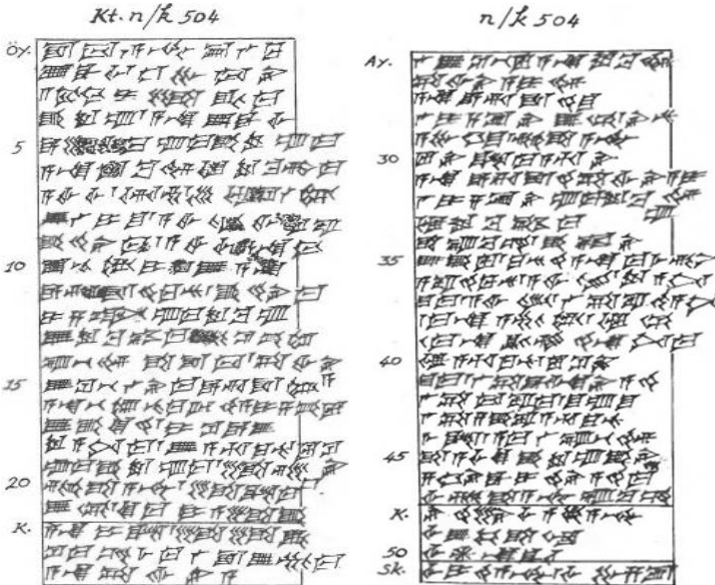


Figure 4: KT documenting the river god ordal unearthed in Kültepe in 1962. Tablet n/k 504. (Source: Cahit Günbattı, Water Ordali in Old Anatolia, <https://dergipark.org.tr>).

Which was found in Kültepe in 1962 and shows the details of the trial of the river god (ordali) practiced in the Ancient Anatolian culture⁶⁵, shows that some events that took place between the king and queen of an unnamed kingdom in Anatolia and the representatives of that settlement (Karum) were arranged in the presence of witnesses. It is understood that there is a report. The content of the report on the tablet is as follows: The Assyrian merchant, Assur-taklaku, was arrested by the palace. Two months after this incident, a delegation from Karum appeared before the king and queen in the palace, declared that this person was innocent, and asked for his release. Those in this delegation told the king and queen that Asur-taklaku had a workplace near their workplace and that he, like them, would always be ready for the orders of the king and queen, and asked him to either swear on the dagger of the god Asur⁶⁶ or the local people. They offered him a chance to prove his innocence by going to the river exam (ordali). Upon this offer, the king and the queen requested the

⁶⁵ LARSEN, Mogens Trolle: Kültepe Tablets VI-a. Ankara: Turkish Historical Society Printing House, 2010. P. 327.

⁶⁶ AKYUZ, p. 165-177.

delivery of a person who had a relationship with their enemy, the king of Tawiniya, and who was engaged in some activities against them, so that the detained merchant could be released. They stated that if this person was not handed over, they would be given 1 mina amutum or 10 minas of gold, otherwise Assur-taklaku would be killed because these conditions were not met and the name of the person accused of serving the king of Tawiniya was not disclosed⁶⁷. The phrase of going to the river like the local people mentioned in this text is an important document showing that in Ancient Anatolian cultures, as in Mesopotamian cultures, the river god was consulted to prove innocence.

IV. EGYPTIAN

The Nile River, which is the most important water source that gives life to the region, has been sacred in Egyptian geography, just like in Mesopotamia. Although direct river ordali application is not observed as in Mesopotamia and Anatolia, some themes reminiscent of ordali application are observed in the mythology of Osiris, the god of the underworld. According to mythology, Osiris was killed by his brother Seth on the river bank and put him in a coffin and left him⁶⁸ in the Nile River, just like children, the mythical hero we encounter in Mesopotamian and Anatolian mythologies, are left in rivers. Although the coffin of Osiris, protected by the Nile, was found and hidden by his sister Isis⁶⁹, Seth found the coffin again and cut the body of Osiris into pieces and scattered them all over the world⁷⁰. However, after Isis found the other parts, one of which was missing, she revived Osiris with a spell, allowing him to unite the abundance of the underground with the waters of the Nile as the god of the underworld. As a matter of fact, it can be seen that many mythologies about the abundance and abundance that the Nile offered to the Egyptian geography have been passed down to the present day. One of these narratives is the “Nile Bride Ceremony”, in which a beautiful young girl is thrown into the water, which was practiced from the Old Dynasties Period until the Islamic conquest in

⁶⁷ GÜNBATTI, 1995, p. 4, 78.

⁶⁸ WESTENHOLZ, J. Goodnick. Legends of the Kings of Akkade: The Texts (E-Mc-7). Indiana: Eisenbrauns, 1997, 39.

⁶⁹ WITT, Reginald Eldred: Isis in the Graeco-Roman World, 1971, p. 18

⁷⁰ MOSJOV, Bosana, Osiris: Dead Afterlife of Good, Published by John Wiley and Sons, Ltd., United Kingdom, 2005, p. 102.

order to neutralize the excesses of the raging waters of the Nile River. It is noteworthy that it is continued by the Copts today as the “night of immersion in water”⁷¹.

V. GREEK AND ROMAN

Although there is no direct practice of river law in Greece and Rome, we encounter some practices that resemble this form of law. The similarity of Themis (Figure 5), the representation of nature’s order and justice in Greek mythology⁷², to Enki, who regulates the shaping, functioning rules and laws of the earth in Mesopotamian mythology,⁷³ indicates a cultural influence.



Figure 5: Themis, goddess of justice and order. (Source: <https://tr.wikipedia.org/wiki/Themis>).

In addition to this cultural influence, the Areopagus Hill near Athens, where the noble class who advised the governments of the period

⁷¹ EYMEN, Fuad Seyyid, EF, 2000. “Alexandria” Encyclopedia of Islam, (vol.:22- pp.574-576), Türkiye Diyanet Foundation Islamic Research Center, İstanbul, 2007, p. 123.

⁷² ERHAT, Azra, Dictionary of Mythology, Remzi Kitapevi, İstanbul, 1978, p. 309.

⁷³ KRAMER, 1999, p. 114.

on religious, political and legal matters, gathered,⁷⁴ attracts attention. According to mythology, there was a spring gushing water at the foot of the Areopagus hill, also known as the Ares hill. One day, when he saw Halirrhotos, the son of the sea god Poseidon, teasing his own daughter Alkipe at the bottom of this spring, the god Ares killed Halirrhotos with a sudden move. The name of this hill became the judgment hill (Areopagus) because Poseidon, whose son was killed, asked the assembly of gods to judge Ares here⁷⁵. Most likely the Greeks B.C. While opening to the east during the period of colonization activities in the 8th century⁷⁶, by adapting the stories about Hit and Sippar, which were the judgment cities in Mesopotamia and where the criminals were thrown into the river from a high place, to the mythology about Ares, the Eropagos hill, which had a water source underneath it, was declared as the judgment hill in terms of formal similarity, since there was no stream nearby. It is understood that they did. It is known that Nymphs, the nymphs of nature who protect and balance the forests and groves in nature that give life to the Greek geography, as well as in Mesopotamia, Anatolia and Egypt, where rivers give life, and especially the rivers and waters like the god Enki in Mesopotamia, play important roles as divine beings⁷⁷. When the Greeks, who saw God as a human being and built houses and temples for the gods just as people needed houses, started to build houses and temples for the Nymphs, whom they saw as secondary gods, on sacred water sources, fountain (Nymphaeum) architecture in the form of houses⁷⁸ emerged⁷⁹. It is understood that the Danube River was adopted as a human god because it gave life to Europe. On the “100-foot column of Trajan”, erected in Roman form in 113 AD in memory of the two Dacia

⁷⁴ MANSEL, Arif Müfid, Aegean and Greek History, TTK Publishing House, 1999, Ankara, p. 183.

⁷⁵ GRIMAL, Pierre, Mythology Dictionary, Greek and Roman, Social Publications, 1997, Istanbul, p. 86.

⁷⁶ LOON, Maurits Van, “The Place of Urartu in First-Millennium BC Trade” Iraq, 1977, p. 229.

⁷⁷ ERHAT, p. 239.

⁷⁸ SALTUK, Secda, Archeology Dictionary, İnkılap Publishing House, 1997, Istanbul, p. 126.

⁷⁹ Fountain structures, transformed from Greek mythology narrative into architectural form, truly resemble a human face. With its façade and temple-shaped superstructure (a human god giving water to everyone passing in front of him), it continues to exist until today as the basic example that affects fountain architecture in all world cultures.

(Romania) campaigns organized by Trajan, the God of the Danube River, “Father Danube”, is depicted in the position where he inspects Trajan’s army from a cave, as if welcoming them to victory⁸⁰ (Figure 6). Here, Baba Tuna, the god of the Danube River, welcoming and greeting the army of Trajan, who came to invade and capture the region, or showing him inspecting it, can be interpreted as an attempt to justify and legitimize the Roman attack through the river god, in a way that evokes the practices of river ordali.



Figure 6: Baba Tuna, god of the Danube River, on Trajan’s Column. (Source: <https://www.google.com/search>).

VI. CONCLUSION

Since human beings are water-dependent creatures, they have not moved away from water resources. With the Neolithic age, the first settlements emerged along the river. The geographies where the first riverside settlements emerged were Southeastern Anatolia Region and Mesopotamia. The Tigris and Euphrates rivers, which give life to Mesopotamia, have gained a divine feature for the people living in the region because they are the main factor in maintaining everyone’s life. We witness that people from different geographies began to migrate to Mesopotamian cities in order to survive in these fertile geographies. In order to ensure justice in cities consisting of different ethnic structures,

⁸⁰ WHEELER, Mortimer: Roma Sanatı ve Mimarlığı, Hömer Kitapevi ve Yayıncılık, Limited Şirketi, İstanbul, 2004, p. 170.

law and laws were created with the invention of writing. In these laws, which appeared for the first time, people accused of crimes were thrown into the raging waters of the Tigris or Euphrates rivers for the river trial called ordali, in order to find out whether they were guilty or not. The word Ordali is derived from the words “Ordal” in English and “Urteil” in German, meaning trial, and is a method of throwing people into the raging water to find out whether the accused are guilty or not. While conveying the old and new position of women for the first time during the Urukagina period, we understand that the king was actually trying to protect and secure the moral structure of the society by introducing the river ordali practice to those who wanted to continue the old one. In the laws of Ur-Namu, river ordali was applied regarding magic and adultery. However, valuable goods will be taken from those who cross the river crossing and slander as punishment, as determined by the law. It is seen that during the Hammurabi period, river ordali was implemented in more detail according to the needs of the society. In the laws of Hammurabi, it is understood that river ordali was also applied in commercial disputes. In the Ana Ittishu laws, river ordali was applied to women who hated their husbands and could not be tied to their homes. We witness that the river ordali exam was widely used in the Middle and New Assyrian periods. We can understand from written sources that river ordal was practiced in Kızılırmak during the Hittite period in Anatolia. Although there is no direct application of ordali for the Nile River in Egyptian civilization, there are some mythological narratives reminiscent of the river ordali. There is no direct application of river ordali in the Greeks and Romans. However, in the mythology associated with Ares, the place where Ares committed the crime, that is, the Eropagos hill, is adopted as the court or trial hill, reminding us of the river ordal in Mesopotamia. Likewise, in Roman culture, it is understood that there were some practices reminiscent of the river ordal from the depictions on the Trajan column erected in the Roman Forum in memory of the Dacia expedition.

The need for law was felt as large and diverse human communities came together in the processes of urbanization and statehood. The Tigris and Euphrates rivers, which were accepted as the reason for everyone’s existence in Mesopotamia, became a form of divine judgment by throwing people into these rivers to understand the crime and the criminal. It is seen that this form of judgment later affected the surrounding cultures.

REFERENCES

- AKIN, Enver: Eski Çağda Anadolu ve Çevresinde Göçler, V. Uluslararası Ekonomi, Siyaset ve Yönetim Sempozyumu, İSEPA 2022, p. 102-110.
- AKYÜZ, Faruk: 2020, Asur Belgelerinde Nehir Ordali, OANNES, Uluslararası Eskiçağ Tarihi Araştırmaları Dergisi, 2/2., 2020, p. 165-177.
- ARSLAN, Yavuz: Mezopotamya'da Nehir Yargılamasının Uygulanmasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Bitlis Eren Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, 10(2), 2021. p. 1-8.
- ARSLANTAŞ, Yüksel and RÜSTEM Kadri Septioğlu, "Çivi Yazılı Hukuki Belgelere Göre Mezopotamya'da Kadın", Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi, Cilt: XII, Sayı: 1-2, Elazığ, 2016, p. 1-41.
- AYDIN, Nafiz: Hammurabi Yasaları, Alfa Basım Yayım Dağıtım San. ve Tic. Ltd. Şti, İstanbul, 2017.
- BİEDLER, Murray: "Hydropolitics of the Tigris-Euphrates River Basin With Implications for the European Union", Hydrology, Rhode University, South Africa, 2004, p. 1-44.
- BİLGİÇ, Emin: "Eski Mezopotamya Kavimlerinde Kanun Anlayışı ve An'anesi", Ankara Üniversitesi DTCF Dergisi, XXI/3-4, Ankara, 1963, p. 103-119.
- BLACK, Jeremy and GREEN, Antony: Mezopotamya Mitoloji Sözlüğü, Tanrılar, İfritler, Semboller, Aram Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- BOTTERO, Jean: "Babilili Kadınların Hakları", Eski Yakındoğu, Der.J.Bottero, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.
- BOZKURT, H. Argun: "Eskiçağlarda Anadolu'da Hukuk (Hitit-Asur-Sümer)", Hukuk Gündemi Dergisi, sayı: 3, 2009, p.79-82.
- BRAIDWOOD, Rabert John, Tarihöncesi İnsan (çev. B. Altınok). Arkeoloji ve Sanat Yayınları, Deneme Eleştiri ve Tarih Dizisi, İstanbul,1995.
- BÜLBÜL, Cemil: Amurru Göçleri ve Amurruların Eski Ön Asya Tarihindeki Roller, Ankara Üniversitesi Dil Tarih Coğrafya Fakültesi, Tarih Araştırmaları Dergisi, Ankara, 2010, p. 29-49.

- CONNAN, Jaques- KAVAK, Orhan- AKİN Enver-YALÇİN, YALÇIN, M. Namık, K Imbus, J Zumberge, 2008, [Identification and origin of bitumen in Neolithic artefacts from Demirköy Höyük \(8100 BC\): Comparison with oil seeps and crude oils from southeastern Turkey](#), *Organic Geochemistry* 37 (12), 1752-1767.
- DAVIES, William Walter: *The Codes of Hammurabi and Moses*. Newyork: Eaton and Mains, 1905.
- EDZARD, Dietz Otto: “Irikagina (Urukagina)”, *Aula Orientalis*, Vol. IX, Barcelona, 1991, p.77-79.
- ERHAT, Azra: *Mitoloji Sözlüğü*, Remzi Kitapevi, İstanbul, 1978.
- EYMEN, Fuad Seyyid, E.F., 2000. “İskenderiye” *İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, CİLT: 2, İstanbul, 2007, p. 574-576.
- FAIST, Betina: “The Ordeal in The Neo-Assyrian Legal Procedure” in: *AOAT* 412, Ugarit-Verlag, Münster, 2014, p. 189–200.
- FİDAN, Sezer Seçer: *River Ordeal in Hittite Written Documents*, *Anadolu Araştırmaları*, AnAr, 2023, p. 73-84.
- FİNKELESTEİN, Jacob Joel: “The Laws of Ur-Nammu” *Journal of Cuneiform Studies*, C.XXII, 1969, p. 66-82.
- FLORİOTİ, Hanım Hande Duymuş and DEMİRCİ, Gözde: Çivi yazılı kanun metinlerinde ilginç bir suç tespit ve cezalandırma yöntemi: suya atılma, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 32, Sayı: 54,1, 2013, p. 25-40.
- FRANGİPANE, Marcella: *Yakındoğu’da Devletin Doğuşu*, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2002.
- FRİDELL, Egon: *Mısır ve Antik Yakındoğu’nun Kültür Tarihi*, Çev. Ersel Kayaoğlu, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006.
- FRYMER-KENSKY, Tikva Smone: *The Judicial Ordeal In The Ancient Near East*. (volumes I & II). Diss. Yale University, 1977.
- GRIMAL, Pierre: *Mitoloji Sözlüğü*, Yunan ve Roma, Sosyal Yayınlar, 1997, İstanbul.
- GÜNBAATI, Cahit: Eski Anadolu’da “Su Ordali”. *Archivum Anatolicum Anadolu Arşivleri*, 1995, p. 4, 73- 88.
- HARPER, Robert Francis: *Code of Hammurabi*. Argus Press, 1901.

- HEİMPEL, Wolfgang: The River Ordeal in Hit. *Revue d'Assyriologie et d'archéologie orientale*, 90, (1), 1996, p.7-18.
- HOOKE, Samuel Henri: *Ortadoğu Mitolojisi*, Alaeddin Şenel (çev.), İmge Yayınevi Ankara, 2002.
- HOUT, Theo Van Den: *Ordal. B. Bei den Hethitern*, *Reallexikon der Assyriologie* 10, 2003-2005.
- İMPARATİ Fiorella: *Hitit Yasaları Çev. Erendiz Özbayoğlu, İtalyan Kültür Heyeti*, Ankara, 1992.
- İŞİK, Adem: *İlk Şehirler ve Yazılı Medeniyete Geçiş*, *Mavi Atlas*,6(2)/2018, p. 46-74.
- KATAJA, Laura: "A Neo-Assyrian Document on Two cases of River Ordeal", *SAAB* 1 /2, Helsinki, 1987, p. 65-68.
- KILIÇ, Yusuf and FLORIOTI, Hanım Hande Duymuş: "Eski Mezopotamya'da Din Kadınları (Rahibeler)", *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Yıl 13, S.1, Nisan 2009, p.159- 178.
- KINAL, Füzuran: *Eski Mezopotamya Tarihi*, AÜ. D.T.C.F. Yayınları, Ankara, 1983.
- KITCHEN, Kennet A-LAWRANCE, Paul J.N: *Treaty, Law and Covenant in the Ancient Near East, Part 1: The Texts*, Harrassowitz Verlag: Wiesbaden, 2012, p.1086.
- KLENGEL, Horst: *Kral Hammurabi ve Babil Günlüğü*, Çev. Nesrin Oral, Telos Yayınları, İstanbul, 2001.
- KRAMER, Samuel Noah: "The Ur-Nammu Law Code: Who Was Its Author?", *Orientalia*, Nova Serisi, C. LII, 1983, 453-456.
- KRAMER, Samuel Noah: (1999). *Sümer Mitolojisi*, Hamide Koyukan (çev.), Kabalıcı Yayınevi, İstanbul, 1999.
- KRAMER, Samuel Noah: *Sümerler*, İstanbul, 2002.
- KUHRT, Amelie: *Eskiçağ'da Yakındoğu-M.Ö.3000-330*, Cilt II, Çev.: D. Şendil, 3. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2013.
- LAFONT, Bertrand: "The Ordeal", *Everyday Life in Ancient Mesopotamia*, Ed.: J. Bottero, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, Maryland, 2001, p. 276.

- LAFONT, Bertrand: Mezopotamya Nehir Tanrılarının Yargılaması, Eski Yakındoğu, (Der. J. Bottero), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.
- LARSEN, Mogens Trolle: Kültepe Tabletleri VI-a. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2010.
- LOON VAN Maurits: “The Place of Urartu in First-Millennium B.C. Trade” Iraq, 1977, p. 39, 229–231, 1977.
- MAHMOOD, Lina: Two Cities of Sippar: Tell Abu-Habbah and Tell ed-Der (Master’s Thesis). Stony Brook University: New York, 2006.
- MANSEL, Arif Müfid: Ege ve Yunan Tarihi, T.T.K. Yayınevi, 1999, Ankara.
- MEMİŞ, Ekrem and BÜLBÜL, Cemil: Amurrular (Araplar’ın En Eski Ataları), Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Merkezi Yayını, Elâzığ 2012, p. 46-49.
- MİEROOP, Marc Van De: King Hammurabi of Babylon. Usa: Blackwell Publishing, 2005.
- MOSJSOV, Bosana: Osiris: Death Afterlife of Good, Published by John Wiley and Sons, Ltd., United Kingdom, 2005.
- NİSSEN, Hans Jörg: “Ana Hatlarıyla Mezopotamya”, Çev. Zühre İlkelen, İstanbul: Arkeoloji ve Sanat Yayınları, Ankara, 2004.
- ÖZ, Esmâ, “Eski Mezopotamya’da Hukuk Kurallarının oluşumu sürecinde Adalet Anlayışı ve Bazı Hukuki Sorunların Çözümünde Nehir/Su Ordali Uygulaması”, Cahit Günbattı’ya Armağan, Editörler, İ. Albayrak, H. Erol, M. Çayır, Ankara, 2015, p. 185-202.
- ROTH, Martha Tobi, Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor. Atlanta, Georgia: Scholars Press, 1995.
- ROTH, Martha Tobi- HOFFNER, Harry A-MICHALOWSKI, Piotr: Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor, Scholars press, Second Edition, Atlanta, Georgia, 1997.
- SALTUK, Secda: Arkeoloji Sözlüğü, İnkılap Yayınevi, İstanbul, 1997.
- SASSOON, John: Ancient Laws and Modern Problems, Third Millennium Publishing, London, 2001.

- SEVİN, Veli: Yeni Assur Sanatı I-Mimarlık, TTK, Ankara, 1999.
- SEVİMLİ, Şükran: Anadolu Antik Hitit Uygarlığı İnsanın Değerler Sisteminde Su Kullanımı, Ulusal Su Günleri 6-8 Ekim 2004, Bildiriler, İzmir, 2004, p. 264-271.
- TOPÇUOĞLU, Hamide: “Eski İsrail Hukukunun Menşei, Hususiyetleri ve Hammurabi Kanunu ile Olan Münasebetleri”, A.Ü.Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1-4, 1948, p. 284-322.
- TOSUN, Mebrure and YALVAÇ Kadriye: Sümer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, T.T.K.B., 2. Baskı, Ankara, 1989.
- TOSUN, Mebrure: “Sumer, Babil ve Assurlular’da Hukuk, Kanun ve Adalet Kavramları ve Bunlarla İlgili Terimler”, Belleten, XXXVII/148, TTK, Ankara, 1973, p. 557-581.
- WESTBROOK, Raymond: Old Babylonian Period. A History of Ancient Near Eastern Law. Handbook of Oriental Studies, 1, 2003, p. 361- 430.
- WESTENHOLZ, J. Goodnick. Legends of the Kings of Akkade: The Texts (E-Mc-7). Indiana: Eisenbrauns, 1997.
- WHEELER, Mortimer: Roma Sanatı ve Mimarlığı, Homer Kitapevi ve Yayıncılık Limited Şirketi, İstanbul, 2004.
- WITT, Reginald Eldered, *Isıs in the Graeco-Roman World*, 1971.
- ZACCAGNİNİ, Carlo: “Sacred and Human Components in Ancient Near Eastern Law”, History of Religions, The University of Chicago Press, Vol.33, No.3 (Feb.), 1994.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İKİZ SÖZLEŞMELERİ VE İNSAN HAKLARI KORUMA MEKANİZMALARI

Ali Said ÇİMEN*

ÖZ

Uluslararası barış ve emniyetin muhafazası, toplumları meydana getiren bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin muhafazasından geçmektedir. Bu açıdan, uluslararası barış ve emniyeti muhafaza sorumluluğu verilen Birleşmiş Milletler (BM), bu sorumluluğunu ifa ederken insan haklarının muhafazasına büyük ehemmiyet göstermiştir. Öncesinde yaşanmış olan acı tecrübelerin yeniden yaşanmaması için, BM’ce çeşitli insan hakları sözleşmeleri kabul edilmiş ve bahse konu sözleşmeler vasıtasıyla insan hakları muhafaza edilmeye çalışılmıştır. Ancak insan haklarının muhafazası BM’in esas gayesi olmadığı için, BM sözleşmelerinde kabul edilen muhafaza sistemleri insan haklarına yeterli bir muhafaza sağlayamamıştır. Bunlara karşın küresel özellikte bir örgüt olan BM’in meydana getirdiği bahse konu muhafaza sistemleri, uzun süreçte daha detaylı bir muhafazanın temini adına temel oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler, insan hakları, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi.

* Arş. Gör., Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: alisaidcimen@cumhuriyet.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1520-4412.

Makalenin Gönderim Tarihi : 11.01.2024.

Makalenin Kabul Tarihi : 21.05.2024.

UNITED NATIONS TWIN CONVENTIONS AND HUMAN RIGHTS PROTECTION MECHANISMS

ABSTRACT

The preservation of international peace and security depends on the preservation of the fundamental rights and freedoms of the individuals who make up the societies. The United Nations(UN), which has been given the protection of maintaining international peace and security, has given great importance to the preservation of the human lock while carrying out this legacy. In order not to repeat the painful experiences of the past, various UN human rights conventions have been accepted and human rights have been tried to be protected by these conventions. However, since the protection of human beings is not the main purpose of the UN, the protection systems accepted in the UN conventions have not provided sufficient protection for human rights. Against these, the aforementioned containment systems created by the UN, which is a global organization, are essential components for providing a more detailed preservation in the long run.

Keywords: United Nations, human rights, Covenant on Civil and Political Rights, Covenant on Economic Social and Cultural Rights.

I. GİRİŞ

Birleşmiş Milletler (BM) tarafından meydana getirilen uluslararası sözleşmeler, insan haklarının uluslararası seviyede muhafazası açısından esas dayanaklarındanır. Devletlerin kendi istekleriyle ve hür iradeleriyle uluslararası sözleşmeler vasıtasıyla insan hakları meselesini “uluslararasılaştırmaları”, insan haklarının küresel olarak muhafaza edildiğinin işaretidir.¹ İnsan haklarına dair devletlerin meydana getirdiği her sözleşme, devletlere verdiği hukuki yükümlülükler

¹ TOPAL Ahmet Hamdi, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması”, *Mevzuat Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 83, Kasım 2004, p. 23, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/11a/01.htm>, Erişim Tarihi: 28.02.2022.

vasıtasıyla, insan hakları ihlallerinin önlenmesi ya da tazmin edilmesi hususunda bir teminat oluşturmaktadır.²

BM’ce meydana getirilen uluslararası insan hakları sözleşmelerinin takriben tamamı, ilgili sözleşmenin ihlal edilip edilmediğini kontrol amacıyla kimi kurum ve sistemler meydana getirilmiştir. Sözleşmelerin icrası vazifesini alan “Komite” denilen bahse konu kuruluşlar, insan hakları ihlalleriyle itham edilen devletlere ve bireylere dair şikâyetleri kabul etme yetkisini haiz, sıradan yargı-dışı kurumlardır.³ Yetkileri direkt sözleşmelerden meydana gelen Komitelerin çalışma sahaları, taraf devletlerin iradesiyle kısıtlandırılmıştır.⁴ Bahse konu Komitelere taraf devlet aleyhine başvurulabilmek için, devletlerin Komitelerin yetkisini tanımaları gerekir.

Çeşitli işlevi bulunan Komiteler, genel nitelikleri dolayısıyla birbirlerine benzemekte ve farklı usullerle sözleşmelerin taraf devletler tarafından icrasını kontrol etmektedirler.⁵ Bahse konu açıdan Komiteler, taraf bulunan devletlerin pratiklerinin sözleşmeyle uyumunu meydana getirilen raporlar vasıtasıyla kontrol etmekte ve ilişkili devletin temsilcilerinin yer aldığı müzakerelerde bahse konu raporları değerlendirirler. Bununla beraber, Komiteler, bireylerin ve devletlerin şikâyetleriyle harekete geçerek insan hakkı ihlali olup olmadığına ilişkin fikir beyan ederler. Üstelik sözleşmelerin ağır ve istikrarlı bir biçimde ihlali halinde Komiteler, ilişkili devletlere görevlendirdiği görevliler aracılığıyla bir soruşturma sürecini başlatabilmektedirler. Tüm bunlarla birlikte Komiteler, ilgili oldukları sözleşmelerde ifade edilen hak, hürriyetlerin ve sorumlulukların özelliğine ve uluslararası insan hakları kriterlerinin geliştirilmesine dair “genel yorum” ya da “tavsiye”ler oluşturabilmektedirler.⁶

² Detaylı bilgi için bkz. “The United Nations Human Rights System: How To Make It Work For You”, s. 4, <https://digitallibrary.un.org/record/635551/files/UN%27s%2520Role.pdf?ln=en>, Erişim Tarihi: 04.07.2023; TOPAL, p. 23.

³ KALABALIK Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 372.

⁴ KALABALIK, s. 372.

⁵ JOSEPH Sarah/KYRIAKAKIS Joanna, “The United Nations And Human Rights”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth), 2010, s. 21.

⁶ TOPAL, p. 25-28.

Bu çalışmada, BM Sözleşmesi ve “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi(İHEB)”nin⁷ insan haklarının muhafazası hususundaki işlevine değinilmesinin akabinde, altı uluslararası sözleşmeden ve BM İkiz Sözleşmelerinin tatbiki açısından ilgili Komitelerin, insan haklarının muhafazasındaki işlevinden bahsedilecektir. Bununla birlikte, BM İkiz Sözleşmeleri incelenirken, ilk olarak Sözleşmelerin içeriği ile ilgili bilgi verilecek, akabinde Sözleşmelerin icrası sorumluluğu verilen Komiteler incelenecek ve sözleşmelerin kabul ettiği denetim sistemlerine değinilecektir.

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA İNSAN HAKLARI

Milletler Cemiyeti (MC) Sözleşmesi'nin, insan hakları konusuyla çok kısıtlı bir ilişkisi vardır. BM Sözleşmesi'nde geçen “insan hakları ve temel özgürlükler” ibaresi, MC Sözleşmesi'nde bulunmamaktadır. MC Sözleşmesi'nde; güvenliğin sürekliliği, ihtilafların barışçı yollarla çözümü, Almanya ve Osmanlı Devleti ülkesinde meydana getirilecek mandater mekanizmalar ve merkez Avrupa'da azınlıkların muhafazası hususlarında yoğunlaşmıştır. Sözleşmede herhangi bir sosyal, siyasal, ekonomik, medeni, kültürel haktan bahsedilmemiş olması, “vatandaşların hakları uluslararası toplumun değil, ilgili devletlerin sorumluluğundadır” fikrinin⁸ tezahürüdür.⁹ Günümüzde uluslararası hukuk, kişilerin hayatlarının ve şereflerinin muhafazasını devletlerin iradesine vermemiş,

⁷ Detaylı bilgi için bkz. “General Assambly's Resolution, 217(III)A, Universal Declaration of Human Rights”, [https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/217\(III\)&Lang=E](https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/217(III)&Lang=E), Erişim Tarihi: 04.07.2023

⁸ “İkinci Dünya Savaşı'ndan önceki dönemlerde, uluslararası hukukun öznesi olarak ‘devletler’ kabul edildiği ve bireylerin hukukun öznesi değil, konusu olduğu için, bir devletin kendi ülkesinde cereyan eden insan hakları ihlalleri, o devletin kendi iç hukuk sorunu olarak görülmüş, bir başka devletin veya organizasyonun soruna karışması, devletlerin egemen eşitliği ilkesinin sonucu iç işlerine karışmama yasağının ihlali olarak değerlendirilmiştir.” KALABALIK, s. 365.

⁹ GREEN James Frederick, The United Nations And Human Rights, Washington D.C., 1958, s. 648-649.

bunu uluslararası toplumun temel sorumluluğu şeklinde kabul etmiştir.¹⁰ Neticeten, MC Sözleşmesi'nde “insan haklarına saygı” teriminin kullanılmadığı ve BM'den önceki dönemde insan haklarına dair denetleme ve muhafaza sistemlerinin kısıtlı içeriği haiz bulunduğu açık bir biçimde anlaşılmaktadır.¹¹

İkinci Dünya Savaşı akabinde meydana getirilen BM Sözleşmesi¹² maddeleri örgüte üye olan tüm devletler adına bağlayıcı bulunan uluslararası bir andlaşmadır.¹³ BM Sözleşmesi'nin meydana getirilmesi, insan haklarının uluslararası seviyede muhafazası açısından çığır açmıştır.¹⁴ Zira BM Sözleşmesi'nin meydana getirilme sürecinde, İkinci Dünya Savaşı'nda maruz kalınan insanlık dışı uygulamaların da tesiriyle, insan haklarının muhafazasının uluslararası hale ulaştırılması doğrultusunda büyük bir umut oluşmuştur.¹⁵ Üstelik İkinci Dünya Savaşı'nın muzaffer devletleri adına, benzeri afetin yeniden yaşanmasını engelleyebilecek bir örgütün ve sözleşmenin meydana getirilmesi büyük ehemmiyet arz etmiştir.¹⁶ Bununla beraber, BM'nin oluşturulmasının akabinde, uluslararası toplum, insan haklarının muhafazasının, uluslararası barışın muhafazasıyla ilgili bulunduğunu görmüştür. Dolayısıyla, dünya barışıyla sıkı ilişkisi bulunan insan haklarının geliştirilmesi ve bahse konu haklara saygının özendirilmesi ve

¹⁰ ARSAVA Fusun, “BM Güvenlik Konseyi'nin İnsan Haklarını Koruma Rolü Ve Güvenlik Konseyi'nin Yetkilerinin Dayanağı Ve Sınırları”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt: 4, No: 13, 2007, s. 3.

¹¹ KALABALIK, s. 365.

¹² BM Sözleşmesi, 26 Haziran 1945 günü San Francisco'da imzalanmış ve 110. Madde uyarınca 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Detaylı bilgi için bkz. “United Nations Charter (full text)”, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

¹³ DOĞAN İlyas/ÖZDEMİR Omca, “İnsan Haklarının Birleşmiş Milletler Şartı Temelinde Korunması”, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2013, s. 223.

¹⁴ DÖNER Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması Ve Avrupa Birliği Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 35.

¹⁵ GÖÇER Mahmut, İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler, Nobel Yayın, Ankara 2009, s. 1.

¹⁶ VÄYRYNEN Raimo, “Enforcement And Humanitarian Invention: Two Faces Of Colective Actions By The United Nations”, Future Of The United Nations System: Potential For The Twenty-First Century, (Editor: Chadwick F. Alger), 1998, s. 54

kuvvetlendirilmesi sorumluluğu, BM'ye yüklenmiştir. Bu açıdan BM Sözleşmesi, insan haklarının uluslararasılaşmasının esasını meydana getirir.¹⁷ Bununla birlikte, uluslararası sahada insan haklarının muhafazasında ve geliştirilmesinde yeni ölçütlerin kabulü, İkinci Dünya Savaşı akabindeki sürecin en ehemmiyetli eseri olmuştur.¹⁸

BM Sözleşmesi'nde, insan hakları terimine, temel insan haklarına ve devletlerin sorumluluklara az yer verilmesi uluslararası toplumca eleştiri konusu yapılmıştır.¹⁹ Aslında, “insan haklarına saygıyı geliştirmek veya teşvik etmek” biçimindeki ibarelerle ve göndermelerle insan haklarına yer verilme gayreti, Sözleşme'nin bahse konu husustaki beklentileri karşılamaktan uzak bulunduğu bir işarettir.²⁰ Buna karşın, BM Sözleşmesi'nde, “Giriş Bölümü” dışında, altı defa insan haklarına değinilmesi²¹, insan hakları teriminin ilk defa uluslararası özellikteki bir metinde düzenlenmesi açısından ehemmiyetlidir. Diğer bir deyişle, insan hakları teriminin uluslararası seviyede genel olarak düzenlenmesi ancak BM Sözleşmesi vasıtasıyla olabilmektedir.²²

İnsan haklarıyla ilgili olarak öncelikle, BM Sözleşmesi'nin “Giriş Bölümü”nde, büyük ve küçük ulusların, kadın ve erkeklerin eşit hakları haiz olduğuna; insan haysiyeti ve değerine, temel insan haklarına dair inanç ifade edilmiştir.

İkinci olarak, BM Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 3. fıkrası, insan haklarının ve temel hürriyetlere saygının herhangi bir ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı yapılmadan geliştirilmesi ve özendirilmesi adına uluslararası işbirliğinin sağlanması, BM'nin maksadı şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁷ DÖNER, s. 35.

¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. “The Responsibility To Protect, International Commission On Intervention And State Sovereignty”, s. 14, <https://reliefweb.int/attachments/705a0cca-6274-37dd-b2bc-9eca9d910d8c/9E3FADE53A92B6EDC1256C8D00508655-iciss-intervention-dec01.pdf>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

¹⁹ SKOGLY Sigrun I., “Extraterritoriality: Universal Human Rights Without Universal Obligations”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited By: Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010, s. 76.

²⁰ GÖÇER, s. 1.

²¹ DÖNER, s. 35.

²² BOZKURT Enver, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2003, s. 55.

Üçüncü olarak, BM Genel Kurulu'nun görev ve sorumluluklarını konu edinen 13. maddesi, “ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden faydalanmasını kolaylaştırmak” adına, araştırmalar gerçekleştirmeyi ve bahse konu maksatla önerilerde bulunmayı Genel Kurul'un görevleri kapsamında ifade etmiştir.

Dördüncü olarak, 55. maddenin (c) bendi uyarınca, BM'ye ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı gözetmeden, herkesin insan haklarına ve temel hürriyetlere tüm dünyada saygı gösterilmesini kolaylaştırma sorumluluğu verilmiştir. 56. Madde ise üye devletleri, 55. maddede ifade edilen gayelere ulaşmak adına, hem beraber hem de ayrı ayrı, BM'yle işbirliği içerisinde hareket etmekten sorumlu tutmuştur.

Beşinci olarak, BM Sözleşmesi'nin 62. maddesi, “Ekonomik ve Sosyal Konsey”in “herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine etkin bir biçimde saygı gösterilmesini sağlamak üzere tavsiyelerde” bulunabileceğini ifade etmiştir.

Altıncı olarak, 68. maddede, “insan haklarının ilerletilmesi” maksadıyla, Ekonomik ve Sosyal Konseyce komisyonlar oluşturulabileceği belirtilmiştir.

Son olarak, 76. maddenin (c) bendinde, “Vesayet Rejimi”nin esas maksatlarından birinin de, “ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı gösterilmesini teşvik etmek ve dünya halklarının karşılıklı bağımlılığını geliştirmek” olduğu ifade edilmiştir.

İfade edilen düzenlemelerde yer alan “geliştirmek, teşvik etmek, kolaylaştırmak” benzeri kavramlar nedeniyle bahse konu kaideler, kimi uluslararası hukuk yazarlarınca bağlayıcılığı olmayan kaideler olarak görülmekte ve sadece tavsiye niteliğindeki kaideler şeklinde kabul görmektedir.²³ Ancak BM Sözleşmesi andlaşmalar hukuku kapsamında incelendiğinde, çok taraflı bir andlaşmadır. Kurucu üyelerce kabul edilen ve sonrasında taraf bulunan diğer devletlerin de katıldığı bahse konu andlaşmada, insan haklarının muhafazasında yetkili bir organ oluşturulmamakla beraber, 56. madde gereğince, tüm üye devletler, insan haklarının geliştirilmesi adına hem tek başına hem de ortak bir biçimde BM'yle işbirliği yapma sorumluluğu altındadırlar.²⁴ Bu hal, BM

²³ BOZKURT, s. 57.

²⁴ DÖNER, s. 36.

Sözleşmesi’nde yer alan düzenlemelerin bağlayıcı nitelikte bulunduğu ve bahse konu düzenlemelerin, BM organlarına ve taraf devletlere bir sorumluluk getirdiğinin bariz işaretidir.

BM Sözleşmesi’nde “insan hakları”, “eşitlik” ve “kendi kaderini tayin etme” prensiplerine yapılan göndermeler, BM Sözleşmesi’nin meydana getirilmesiyle ilgilenen politikacıların esas endişesi değildir. Esas mesele, uluslararası barış ve emniyetin muhafazası olmakla beraber, BM Sözleşmesi’nin temel noktası, “devletlerin iç işlerine müdahale etmeme” prensibine dairdir ve Sözleşme insan hakları muhafaza sistemi meydana getirmemektedir.²⁵ Tüm bunlara karşın, BM Sözleşmesi, devletleri temel hak ve hürriyetlere, ırk, cinsiyet, din ya da dil ayrımı yapılmadan, tüm koşullarda saygı duyulmasını ve uyulmasını temin etmek amacıyla uluslararası işbirliğine yönlendirmiş ve insan haklarının muhafazası ve geliştirilmesi için yeni bir süreç başlatmıştır.²⁶

III. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRGESİ

BM Sözleşmesi’nde insan haklarına dair çok sayıda hüküm yer alsa da, insan haklarının kapsamına ilişkin hiçbir bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, BM Sözleşmesi, bir insan hakları listesini haiz değildir. BM bakımından, insan haklarının muhafazasının temini adına, bir insan hakları listesi meydana getirilmesi bir mecburiyet teşkil etmiştir.²⁷ Üstelik BM Sözleşmesi’nde, BM’nin esas maksatlarından birinin de insan haklarına ve hürriyetlerine saygının özendirilmesi ve bu hususta işbirliğinin temini şeklinde ifade edildiğinde, BM bu sahalarda faaliyet yürütmek adına “Ekonomik ve Sosyal Konsey”i görevlendirmiştir. Ekonomik ve Sosyal Konsey, kendisine verilen sorumluluğu ifa etmek için meydana getirdiği “İnsan Hakları Komisyonu”na²⁸ insan hakları bildirgesi oluşturma vazifesi tevdi

²⁵ DOĞAN/ÖZDEMİR, s. 224.

²⁶ BOZKURT Enver/ERDAL Selcen/POYRAZ Yasin, Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 181.

²⁷ DÖNER, s. 36-37.

²⁸ “İnsan Hakları Komisyonu” BM Genel Kurulu’nun 15 Mart 2006’da aldığı 60/251 sayılı kararla kaldırılmış ve yerine “İnsan Hakları Konseyi” oluşturulmuştur. Detaylı bilgi için bkz. “United Nations Human Rights Council”,

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>,

Erişim Tarihi: 04.07.2023; SMITH Rhona K. M., International Human

etmiştir.²⁹ Bunun üzerine Komisyon, İHEB’i oluşturmuş ve Genel Kurula tevdi etmiştir. 10 Aralık 1948 günü, Genel Kurul’da gerçekleştirilen oylama neticesinde³⁰ İHEB kabul edilip ilan edilmiştir.³¹ BM Genel Kurulu’nun insan haklarına dair ilk Kararı³² olan İHEB, BM Sözleşmesi’nin insan haklarına dair düzenlemelerinin yorumlanmasında rehber vazifesi görmüştür.³³

Bir muhafaza sistemi bulunmayan ve taraf devletlerden sadece bahse konu hakların bütün dünyada fiili olarak kabul edilmesini ve tatbikini talep etmekle yetinen İHEB, genel manada dört sınıf insan hakkını içermektedir.³⁴ Diğer bir deyişle, belirlenecek hakların nasıl uygulanacağından ziyade insan hakları hususunda ana kaideleri belirleyen İHEB’te, “yaşama hakkı, işkence yasağı, ifade özgürlüğü” benzeri temel birey hak ve hürriyetler; “aile kurma, dernek kurma, konut edinme, vatandaşlık ve sığınma hakkı” benzeri bireylerin grup içerisinde kullanabileceği haklar; “vicdan, düşünce ve düşünceyi yayma, örgütlenme ve seçimlere katılma hakkı” benzeri siyasi haklar; “çalışma, sosyal güvenlik, eğitim görme ve kültürel yaşam hakkı” benzeri sosyal

-
- Rights, Fifth Edition, Oxford 2012, s. 61-66; JOSEPH/KYRIAKAKIS, s. 6-18.
- ²⁹ CİVELEK Jale, “1789 Fransız Bildirisi Ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 9, Sayı: 1, 1989, s. 5-6.
- ³⁰ “Bu dönemde BM’nin elli sekiz üyesi bulunmaktadır. Bu elli sekiz üyeden ikisi (Honduras ve Yemen), oylamaya katılmamış geri kalan devletlerden sekizinin (Beyaz Rusya, Çekoslovakya, Polonya, Suudi Arabistan, Ukrayna, Güney Afrika, Sovyetler Birliği ve Yugoslavya), çekimser oyuna karşı kırk sekiz olumlu oyla Evrensel Bildiri kabul edilmiştir.” DEMİR Esra, “İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 3, 2008, s. 211.
- ³¹ CİVELEK, s. 6; STEINERTE Elina/ WALLACE Rebecca, United Nations Protection Of Human Rights, Section A: Mechanism For Human Rights Protection By United Nations Bodies, London 2009, s. 11.
- ³² Detaylı bilgi için bkz. “General Assambly’s Resolution, 217(III)A, Universal Declaration of Human Rights”, [https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/217\(III\)&Lang=E](https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/217(III)&Lang=E), Erişim Tarihi: 04.07.2023.
- ³³ VERDIRAME Guglielmo, The UN And Human Rights, New York 2011, s. 83.
- ³⁴ BOZKURT, s. 59.

devlet düzeninde ve sosyalist düşüncede ehemmiyetli yeri olan sosyal haklar düzenlenmiştir.³⁵ Toplamda otuz maddeden meydana gelen İHEB'in çerçevesi açısından, bahse konu hakların kullanılması ve düzenlenmesiyle alakalı maddeler de mevcuttur. İHEB'in son iki maddesinde özet olarak, bireylerin de topluma yönelik görevlerinin bulunduğu ifade edilmesinin akabinde, bireylere verilen hak ve hürriyetlerin nasıl ve hangi oranda kısıtlanabileceği ifade edilmiştir. Bununla beraber, İHEB'in hiçbir düzenlemesinin, belirtilen hak ve hürriyetlerin bir devlet, sınıf veya bireyce ortadan kaldırılması maksadıyla, herhangi bir faaliyette bulunmayı haklı gösterecek biçimde yorumlanamayacağı net biçimde belirtilmiştir.³⁶

İHEB'in kabul edilmesi, BM'nin "insan haklarına ve temel özgürlüklere saygının yükseltilmesi ve teşvik edilmesi" kapsamındaki birinci adımı meydana getirmiştir.³⁷ İHEB, BM Genel Kurulu'na, tüm halkların müşterek bir kazanımı biçiminde bildirilmiştir.³⁸ İlan edildiği zamandan günümüze insan hakları fikrinin gelişmesinde esas metin olma özelliğine sahip olan İHEB, bağlayıcı bir metin şeklinde meydana getirilmiş olmamasına karşın, insan haklarına ilişkin esas kaideleri düzenlemiş ve uluslararası toplumunca kabul edilmiştir.³⁹ İHEB'in hukuksal açıdan bağlayıcı bulunup bulunmamasına dair bir fikir birliği mevcut değildir. Genel olarak kabul edilen, BM Sözleşmesi'nde de ifade edildiği üzere Genel Kurul kararlarının bağlayıcılığı bulunmayıp tavsiye niteliğindedir.⁴⁰ Dolayısıyla, İHEB de hukuki olarak bağlayıcı değildir.

³⁵ DOĞAN İlyas, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara, 2022, s. 135-136.

³⁶ KALABALIK, s. 67.

³⁷ SCHMİDT Markus, "United Nations", International Human Rights Law, (Edited by: Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford 2010, s. 391.

³⁸ Detaylı bilgi için bkz. "The United Nations Human Rights Treaty System, Fact Sheet No: 30, Review:1", s. 3, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet30Rev1.pdf>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

³⁹ Detaylı bilgi için bkz. "The Responsibility To Protect, International Commission On Intervention And State Sovereignty", s. 14, <https://reliefweb.int/attachments/705a0cca-6274-37dd-b2bc-9eca9d910d8c/9E3FADE53A92B6EDC1256C8D00508655-iciss-intervention-dec01.pdf>, Erişim Tarihi: 04.07.2023; SCHMİDT, s. 391; DEMİR, s. 211.

⁴⁰ KALABALIK, s. 68-69.

İHEB kaidelerden ziyade ahlaki erdemleri ifade etmekte ve taraf devletlerin yerel makamlarınca direkt tatbik edilebilir özellikte kurallar barındırmaktadır.⁴¹

İHEB, insan haklarının devletlerin yerel mevzuatlarına nakli hususunda ve soyut kaidelerin somut normlara çevrilmesinde rehber metin olma işlevini barındırmaktadır.⁴² Bu kapsamda, İHEB’de bulunan tüm hakların, uluslararası örf-adet kaidesi veya uluslararası hukukun genel prensipleri özelliğini haiz olduğunu ifade etmek ve insan haklarına dair andlaşmalar dışında, bu haklara bağlayıcılık vermek, hukuksal olarak yanlıştır.⁴³ Esasında İHEB daha ziyade, kendisinin akabinde meydana getirilen, ulusal ve uluslararası insan hakları metinlerine önemli bir biçimde tesir etmiş ve hukuki bağlayıcı özellikteki ölçütlerin gelişmesinin kaynağını oluşturmuştur.⁴⁴ Diğer bir deyişle İHEB, insan haklarına evrensel bir nitelik kazandırarak bağlayıcı nitelikte ve etkin koruma sistemlerinin bulunduğu sözleşmelerin meydana getirilmesinde öncüdür.⁴⁵ Mesela, İHEB, “BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi(MSHS)” ve “BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi(ESKHS)” benzeri uluslararası sözleşmelere kaynaklık etmiş⁴⁶ ve bahse konu Sözleşmeler çerçevesinde meydana getirilen koruma sistemleri insan haklarının muhafazasında ehemmiyetli işlev görmüştür.

BM Genel Kurulu, çoğu kez İHEB’i bir davranış prensipleri şeklinde ve insan haklarına ve temel hürriyetlere saygıyı arttıracak tedbirler alınması adına devletlere yapılan tavsiyelerin esası biçiminde kullanmıştır. Zira BM Genel Kurulunca, 1949 senesinde alınan “Barışın

⁴¹ Detaylı bilgi için bkz. “The United Nations Human Rights Treaty System, Fact Sheet No: 30, Review:1”, s. 5, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet30Rev1.pdf>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁴² DEMİR, s. 211.

⁴³ BOZKURT, s. 61.

⁴⁴ BOZKURT, s. 61.

⁴⁵ KALABALIK, s. 67.

⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. “UNODC and The Promotion and Protection of Human Rights, Position Paper, 2012”, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Human_rights_position_paper_2012.pdf, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

Esasları Kararı”nda,⁴⁷ tüm uluslara şu şekilde beyanda bulunulmuştur⁴⁸: “6. İnsanın onurunu ve değerini korumanın büyük önemini bilincinde olarak, siyasi muhalefetin barışçıl bir şekilde ifade edilmesi için tam özgürlük, dini özgürlüklerin kullanılması için tam fırsat ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinde ifade edilen diğer tüm temel haklara tam saygı gösterilmesini teşvik etmek.” Benzer biçimde, kabul edilen tüm insan hakları metinlerinin giriş kısımlarında İHEB’e göndermelerde bulunulması bahse konu halin bir işarettir. Üstelik 1963 tarihinde kurulan “Afrika Birliği Teşkilatı Sözleşmesi”nde⁴⁹, hükümet ve devlet başkanları, İHEB’i onayladıklarını ifade etmişlerdir. Aynı biçimde, “1968 Tahran İnsan Hakları Konferansı”nda, katılan 54 devletin temsilcileri, İHEB’de belirtilen hak ve hürriyetlerin, vazgeçilemez ve ihlal edilemez bulunduğunu onayladıklarını ifade etmişlerdir.⁵⁰

İHEB’in kabulünden beri, insan hakları ve temel hürriyetler, küresel ve bölgesel, bağlayıcı olan ve bağlayıcı bulunmayan vasıtalarla kodifiye edilmiştir. Bahse konu süreç, BM seviyesinde hali hazırda sürmektedir. Ancak günümüzde temel sorun, meydana getirilen uluslararası ölçütlerin yerel seviyede tatbik edilmemesidir. Diğer bir problem de, insan hakları sahasında bulunan BM denetleme mekanizmasının tesirinin artırılması hususundadır.⁵¹

IV. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİ

BM’ce insan haklarının muhafazası için oldukça fazla insan hakları sözleşmeleri ilan edilmiştir.⁵² BM’ce çok sayıda insan hakları

⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. “General Assembly’s Resolution, 290(IV), Essentials Of Peace”, https://digitallibrary.un.org/record/210389/files/A_RES_290%28IV%29-EN.pdf?ln=en, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁴⁸ Birleşmiş Milletler Türk Derneği, Birleşmiş Milletler ve İnsan Hakları, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları, Ankara 1979, s. 18-19.

⁴⁹ Detaylı bilgi için bkz. “Organisation of African Unity Charter”, https://au.int/sites/default/files/treaties/7759-file-oau_charter_1963.pdf, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁵⁰ KALABALIK, s. 67.

⁵¹ SCHMİDT, s. 391.

⁵² Detaylı bilgi için bkz. “The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies”,

sözleşmesi meydana getirilmiş bulursa da, çalışmada BM insan hakları muhafazası mekanizmaları içinde dikkat çeken uluslararası insan hakları sözleşmelerinden bahsedilip BM İkiz Sözleşmelerin denetiminin tesisi için meydana getirilen mekanizmalar incelenecektir. Bahse konu sözleşmeleri ve denetim mekanizmalarını aşağıdaki biçimde saymak mümkündür:

- 1) “BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile İnsan Hakları Komitesi”;
- 2) “BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi”;
- 3) “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Ceza ve Muameleye Karşı Sözleşme ile İşkencenin Önlenmesi Komitesi”;
- 4) “Çocuk Hakları Sözleşmesi ile Çocuk Hakları Komitesi”;
- 5) “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ile Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi”;
- 6) “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ile Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi”.

Biz konumuz gereği BM İkiz Sözleşmelerini inceleyip diğer sözleşmelerin sadece isimlerini zikretmekle yetineceğiz.

A. 1966 İnsan Hakları Sözleşmeleri (İkiz Sözleşmeler)

İHEB’in kabulünün akabinde, devletlere hukuksal yükümlülükler getirecek ve temel hak ve hürriyetlere saygı duyulmadığında, bu hali tespit edecek bir denetim mekanizması ve müeyyide icra edecek bir mekanizmaya gereksinim hissedilmeye başlanmıştır.⁵³ BM Genel Kurulu, İHEB’i meydana getiren İnsan Hakları Komisyonu’na, tüm devletlerin üstünde uzlaşabileceği, temel hak ve hürriyetleri bariz biçimde düzenleyen ve bahse konu hak ve hürriyetlerin ihlali halinde alınması gerekli önlemleri kapsayan bir insan hakları sözleşmesi meydana getirme

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>,
Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁵³ KALABALIK, s. 70.

yetkisini de vermiştir.⁵⁴ İnsan Hakları Komisyonu, bahse konu yetki uyarınca faaliyetlerini yürütmüş ve 1950 senesinde meydana getirdiği sözleşme taslağını BM Genel Kurulu'na tevdi etmiştir. BM Genel Kurulu'nda, Doğu ve Batı Blokları arasındaki görüş ayrılıkları sebebiyle kabul edilmemiştir. Gerçekleştirilen görüşmelerin akabinde, Komisyon'a iki farklı sözleşme taslağı oluşturma vazifesi tevdi edilmiştir. İnsan Hakları Komisyonu, oluşturduğu medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kapsayan sözleşme taslaklarını, 1954 senesinde BM Genel Kurulu'na tevdi etmiştir.⁵⁵ Taslaklar hakkında müzakereler yapılmış ve Doğu ve Batı Blokları arasındaki görüş ayrılıklarının tesiriyle sözleşmelerin kabul edilmesi gecikmiştir.⁵⁶

Her BM Genel Kurulu oturumunda tek tek değerlendirilen ve müzakere edilen taslaklar, on iki yıllık bir sürecin neticesinde, 16 Aralık 1966 günü nihai şeklini alıp, “2200 A (XXI) sayılı karar”⁵⁷ ile kabul edilmişlerdir.⁵⁸ MSHS⁵⁹ 106 oya karşı sıfır oyla; ESKHS⁶⁰ 105 oya karşı

⁵⁴ BOZKURT, s. 61.

⁵⁵ DÖNER, s. 40.

⁵⁶ BOZKURT, s. 62; Gecikmedeki esas neden, Doğu ve Batı Blokları arasındaki insan hakları düşüncesindeki farklılıkların mevcudiyetidir. Üstelik liberal özgürlükçü fikri haiz Batılı Devletler, “yaşam hakkı, ifade özgürlüğü” benzeri hakların, “çalışma hakkı, eğitim hakkı” benzeri sosyal ve ekonomik hakları hariç tutarak düzenlenmesini ve ihlallerin uluslararası denetimini bir İHYK tarafından desteklenen bir uluslararası mahkemenin denetiminde olmasını talep etmişlerdir. Buna rağmen Doğu Bloğunu meydana getiren Sosyalist Devletler Grubu, tüm insan haklarının eşit seviyede bulunduğunu ve birbirlerine bağımlı bulduklarını beyan etmişlerdir. Bu açıdan, içerisinde sosyal, ekonomik ve kültürel hakların da yer aldığı müşterek bir sözleşmenin hazırlanmasını talep etmekteydiler. Bununla beraber, devletlerin egemenlik hakkına müdahale özelliğinde bir uluslararası yargı denetimini kabul etmiyorlardı. DÖNER, s. 40.

⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. “General Assambly's Resolution, 2200 A (XXI)”, [https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/2200\(XXI\)&Lang=E](https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/2200(XXI)&Lang=E), Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁵⁸ Birleşmiş Milletler Türk Derneği, s. 119; BOZKURT, s. 62.

⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz. “Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi”, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz. “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi”, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0148.pdf>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

sıfır oyla; “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Ek Seçimlik Protokol”⁶¹ ise 38 çekimsiz ve 2 red oya karşı 66 oyla kabul edilmiştir.⁶² Kabul edilen Sözleşmelerin, 35 devletin onay ve katılma belgesini BM Genel Sekreterliği’ne tevdiinin akabinde üç ay geçmesiyle yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. Dokuz sene süren bahse konu dönemin neticesinde, MSHS 23 Mart 1976 tarihinde; ESKHS 23 Ocak 1976 tarihinde; “Seçimlik Protokol” ise 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁶³ Birer uluslararası sözleşme özelliğine sahip bulunan ve hukuki bağlayıcılığı haiz bulunan bahse konu Sözleşmelere, “İkiz Sözleşmeler” de denmektedir.⁶⁴

İkiz Sözleşmeler, İHEB’e gönderme yaparak, İHEB’te kabul edilen görüşlerle bağlantı kurarak temel hak ve hürriyetleri düzenlemiştir. Bununla beraber, “insan topluluğunun tüm üyelerinin doğuştan sahip olduğu onurun ve onların eşit ve vazgeçilmez haklarının tanınmasının dünyada özgürlük, adalet ve barış temeli”ni meydana getirdiği ifade edilerek, uluslararası barış ve güvenliğin muhafazasında ve tesisinde insan haklarının ehemmiyeti beyan edilmiştir.⁶⁵ İkiz Sözleşmelerde, İHEB’de bulunan “sığınma hakkı, serbest dolaşım hakkı” benzeri kimi haklar yer almamakla beraber; “self-determinasyon hakkı, halkların kendi doğal kaynak ve zenginliklerine sahip olma ve bunları serbestçe kullanma hakkı” benzeri İHEB’de bulunmayan haklar da mevcuttur.⁶⁶

MSHS kapsamında bireysel başvuruların kabulü ve değerlendirilmesine dair Birinci Seçimlik Protokol de MSHS ile aynı günde yürürlüğe girmiştir. “Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’ye Ek İkinci İhtiyari Protokol” ise 15 Aralık 1989’da kabul edilmiş ve 11 Temmuz 1991’de yürürlüğe girmiştir. MSHS’nin oluşturulmasını düzenlediği İnsan Hakları Komitesi, 1 Ocak 1977 tarihinde çalışmalarına başlamıştır.

⁶¹ Sözleşmenin tam metni için bkz. “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Ek Seçimlik Protokol”, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/08/20060805-1.htm>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁶² Birleşmiş Milletler Türk Derneği, s. 119.

⁶³ BOZKURT, s. 62; DOĞAN İlyas/HAZAR Zeynep, “BM Medeni Ve Siyasi Haklar Sözleşmesi”, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2013, s. 143.

⁶⁴ KALABALIK, s. 70.

⁶⁵ DÖNER, s. 41.

⁶⁶ KALABALIK, s. 70.

İnsan Hakları Komitesi'nin üye devletlerden birisinin diğerine yönelik başvurusunu kabul ve değerlendirme yetkisine dair bildiri ise 28 Mart 1979'da yürürlüğe girmiştir.⁶⁷

2023 yılı itibarıyla MSHS'yi 179 devlet, Birinci Seçmeli Protokol'ü 120 devlet, İhtiyari Protokol'ü 90 devlet imzalamıştır.⁶⁸ Türkiye ise MSHS'yi üç beyan ve bir çekinceyle 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış, 4 Haziran 2003 tarihinde "4868 Sayılı Kanun" ile uygun bulmuş ve 7 Temmuz 2003'te Bakanlar Kurulu kararıyla onaylamıştır.⁶⁹ Türkiye, "Birinci İhtiyari Protokol"ü 3 Şubat 2004 tarihinde imzalamıştır. İhtiyari Protokol'ün onaylanması, "1 Mart 2006 tarih ve 5468 Sayılı Kanun" ile uygun bulunmuştur. Bakanlar Kurulu, "19 Haziran 2006 tarih ve 2006/10692 sayılı karar" ile İhtiyari Protokol'ün onaylanmasını kararlaştırmıştır.⁷⁰ Türkiye İkinci İhtiyari Protokol'ü 6 Nisan 2004 tarihinde imzalamıştır. Protokol'ün onaylanması "18 Ekim 2005 tarih ve 5415 sayılı Kanun" ile uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulu "12 Aralık 2005 tarih ve 2005/9813 sayılı kararı" ile Protokol'ü onaylamıştır. Onay belgeleri 2 Mart 2006 tarihinde BM Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiştir.⁷¹

1. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

a. Kapsamı ve İçeriği

İHEB'te yer almamış kimi hakları da kapsayan geniş bir içeriği haiz olan MSHS, İHEB'te yer alan medeni ve siyasi sahadaki hak ve

⁶⁷ DOĞAN, s. 144.

⁶⁸ Detaylı bilgi için bkz. "Status of Ratification Interactive Dashboard", <http://indicators.ohchr.org/>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁶⁹ Detaylı bilgi için bkz. "Milletlerarası Sözleşme Karar Sayısı: 2003/5851", <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁷⁰ Detaylı bilgi için bkz. "Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol", <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/08/20060805-1.htm>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁷¹ Detaylı bilgi için bkz. "Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye Ek İkinci İhtiyari Protokol", <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051227-3.htm>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

hürriyetleri daha detaylı ve bir sözleşme biçiminde düzenlemektedir.⁷² Diğer bir deyişle MSHS, İHEB’te bulunan hakları bir sözleşme biçiminde listeleterek bahse konu haklara bağlayıcı özellik kazandırmıştır.⁷³ Bu açıdan, MSHS’nin ikinci maddesinde, “Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder” denilerek, sözleşmeye taraf bulunan tüm devletlere, kendi ülkelerinde yaşayıp yargı yetkisine giren tüm kişilere herhangi bir ayırım gözetmeden sözleşmede yer alan hakları tesis etme ve bahse konu haklara saygı duyma yükümlülüğü getirmiştir.⁷⁴ Bununla beraber, ikinci maddenin ikinci fıkrasında, “Sözleşmede tanınan hakları kendi mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olup da bu Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler” denilerek, sözleşmeye taraf bulunan, ancak hukuk sistemleri henüz Sözleşme’nin kabul ettiği ölçütlere uymayan devletlere, anayasalarına ve MSHS’ye uygun biçimde, gereken önlemleri alma sorumluluğu yüklenmektedir.⁷⁵

MSHS’de yer alan her hak, mutlak hak değildir. Sözleşme, kısıtlanacak hakları tespit ederek bahse konu kısıtlamaları maddeler şeklinde sıralayıp detaylandırmıştır. Genel manada, MSHS, bahse konu hakların sadece kanunlarda ifade edilen biçimlerde kısıtlanabileceği ve kısıtlamaların sadece kamu düzenini, ulusal güvenliği, kamu sağlığını ve ahlakını veya başkalarının haklarını ve hürriyetlerini muhafaza adına kısıtlanabileceğini düzenlemektedir.⁷⁶ Kısıtlamalara dair genel düzenleme MSHS’nin 4. maddesinde yer almakla beraber, 19. maddenin 3. fıkrasında, 21. maddede, 22. maddenin 2. fıkrasında ve 23. maddenin 4. fıkralarında⁷⁷ da belirli maksatlarla kısıtlamaların gerçekleştirilebileceği

⁷² BOZKURT, s. 62.

⁷³ KALABALIK, s. 71.

⁷⁴ DÖNER, s. 41; KALABALIK, s. 71.

⁷⁵ DÖNER, s. 41.

⁷⁶ Birleşmiş Milletler Türk Derneği, s. 122.

⁷⁷ MSHS m. 19/3 “İfade Özgürlüğü- Bu maddenin ikinci fıkrasındaki haklar özel bir ödev ve sorumlulukla kullanılır. Bu nedenle bu hak, sadece

kabul edilerek kısıtlamaların sınırı olarak da “demokratik toplum gereklerine uygunluk ölçütü” kabul edilmiştir.⁷⁸ Ancak Sözleşme’nin 4. maddesinin 2. fıkrasında ifade edildiği üzere⁷⁹, kimi haklar ise mutlak özellikte kabul edilmekte ve hiçbir biçimde kısıtlanamazlar.⁸⁰ Hiçbir bir kısıtlamaya tabi tutulamayan bahse konu haller, “yaşam hakkı, işkence, zalimane ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, borç nedeniyle hapis yasağı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, kişi olarak tanınma hakkı ve düşünce, vicdan ve din hürriyeti” şeklinde tespit edilmiştir.⁸¹

MSSH’nde korunan hak ve hürriyetler incelendiğinde, MSSH “yaşam hakkını korumakta (m. 6); işkenceyi, eziyeti ve aşağılayıcı ve insanlık dışı muameleyi yasaklamakta (m. 7); köleliği, köle ticaretini, angaryayı ve zorunlu çalıştırmayı yasaklamakta (m. 8); keyfi tutuklama ve gözaltına almayı yasaklamakta (m. 9); özgürlüğünden yoksun bırakılan herkesin insanca muamele görmesini gerektiğini (m. 10) ifade

hukuken öngörülen ve aşağıdaki sebeplerle gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir:

a) Başkalarının haklarına ve itibarına saygı;

b) Ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya sağlık ve ahlaki koruma.”

MSSH m. 21 “Toplanma Özgürlüğü- Barışçıl bir biçimde toplanma hakkı hukuk tarafından tanınır. Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliği veya kamu güvenliğini, kamu düzenini, sağlık veya ahlaki veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacı taşıyan, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukuka uygun olarak getirilen sınırlamaların dışında başka hiç bir sınırlama konamaz.”

MSSH m. 22/2 “Örgütlenme Özgürlüğü- Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlâkın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuken öngörülmüş ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamaların dışında başka hiç bir sınırlama konamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler ve polis teşkilatı mensuplarının bu hakkı kullanmaları üzerine hukuki kısıtlamalar konulmasını engellemez.”

MSSH m. 23/4 “Ailenin Korunması- Bu Sözleşmeye taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülükler sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur.”

⁷⁸ DÖNER, s. 42.

⁷⁹ MSSH m. 4/2 “Sözleşmenin 6, 7, 8(1 ve 2 fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. maddelerindeki yükümlülüklerde hiç bir azaltma yapılamaz.”

⁸⁰ Birleşmiş Milletler Türk Derneği, s. 122.

⁸¹ KALABALIK, s. 71.

ederek, kimsenin sırf sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememekten dolayı hapse atılmayacağını (m. 11)” düzenlemektedir. Bununla birlikte MSHS, “seyahat özgürlüğü ve yabancıların sınır dışı edilmelerine karşı usuli güvenceleri (m. 13), adil yargılanma hakkını (m. 14), kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini (m. 15), kişi olarak tanınma hakkını (m. 16), özel hayatın gizliliği ilkesini (m. 17), düşünce, din, vicdan özgürlüğünü (m. 18), ifade özgürlüğünü (m. 19), ailenin korunmasını (m. 23), örgütlenme özgürlüğünü (m. 22), çocuk haklarını (m. 24), hukuk önünde eşitlik ilkesini (m. 26) ve azınlıkların korunması (m. 27)” düzenlemektedir. Buna rağmen, “sığınma hakkı ve sığınmacı statüsünden yararlanma hakkı, bir vatandaşlığa sahip olma hakkı, mülkiyet hakkı” benzeri haklar, İHEB’de düzenlenmesine karşın, MSHS’nin içeriğine dâhil edilmemişlerdir.⁸²

b. İnsan Hakları Komitesi

MSHS, düzenlediği hakların ve hürriyetlerin tatbikini denetlemek ve taraf devletlerin bunları uygulayıp uygulamadığını takip maksadıyla, bir “İnsan Hakları Komitesi” oluşturulmasını kabul etmiştir.⁸³ İnsan Hakları Komitesi, belirli bir ahlaki seviyeyi haiz bulunan ve insan hakları sahasında yetkinliği ile bilinen üye devletin vatandaşlarının arasından, taraf devletlerce seçilen ve kendi adlarına faaliyet yürüten uzman bireylerden meydana gelmektedir.⁸⁴ Üstelik Komite, 18 üyeden meydana gelmekte ve seçilen üyeler 4 yıllık süreç için seçilmekte ve yeniden üye olabilmektedirler.⁸⁵ Bununla beraber Komite, Mart, Temmuz ve Kasım aylarında yılda üç kez toplanmakta ve müzakereler üç hafta devam etmektedir. “İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (İHYK)”⁸⁶, Komite’ye gereken sekreterlik desteğini vermektedir.⁸⁷

⁸² DÖNER, s. 42.

⁸³ KALABALIK, s. 71.

⁸⁴ MSHS m. 28.

⁸⁵ MSHS m. 28, 32.

⁸⁶ Detaylı bilgi için bkz. “About United Nations Human Rights High Commissioner”, <https://www.ohchr.org/en/about-us/high-commissioner>, Erişim Tarihi: 05.07.2023; ÇALIK Tacettin, “Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları İle İlişkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt:2, Yıl: 2015, s. 1118-1121.

⁸⁷ KALABALIK, s. 372; SMITH, s. 68.

İnsan Hakları Komitesi'nin görevleri, “devletlerin vermiş olduğu zorunlu raporların incelenmesi, devletler tarafından yapılan bildirimleri kabul etme ve inceleme, Sözleşme’de belirtilen hakları ihlal edilmiş bireylerin yapmış olduğu bildirimlerin kabul edilmesi ve incelenmesi”⁸⁸, “yapmış olduğu faaliyetlere ilişkin Genel Kurul’a yıllık raporlar sunma”⁸⁹ ve “Sözleşme’nin anlamlandırılmasına ve uygulanmasına ilişkin açıklayıcı yorum yapma”⁹⁰ şeklinde sıralanabilir.⁹¹ Komite’nin yoğunluğu, Seçimlik Protokol’e taraf devlet sayısının ve Komite’nin faaliyetlerine dair farkındalığın artmasıyla her geçen gün çoğalmaktadır.⁹²

MSHS, İnsan Hakları Komitesi’ne bağlı biçimde, üç farklı muhafaza sistemi kabul etmiştir. Bunlar; “devlet başvurusu yoluyla denetim (m. 41)”, “rapora dayalı denetim (m. 40)” ve “bireysel başvuru (Ek Protokol m. 2) yoluyla denetim” biçiminde sıralanabilir. Bahse konu denetim sistemleri, yukarıda zikredilen uluslararası insan hakları sözleşmelerinde de, ufak nüanslar dışında benzer biçimde düzenlenmiştir.

i. Rapora Dayalı Denetim

Öncelikle rapora dayalı denetim sistemi, uluslararası sözleşmelerin tatbikinin kontrolünde en çok tercih edilen usullerden birisidir. Uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayan bütün devletler, alakalı komitelere, onay tarihlerinden itibaren bir yıl veya iki yıl içinde⁹³

⁸⁸ BOZKURT, s. 64.

⁸⁹ Detaylı bilgi için bkz. “Introduction to the Committee Human Rights Committee”, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ccpr/introduction-committee>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁹⁰ İnsan Hakları Komitesi’nin yapmış bulunduğu bahse konu yorumlar, genel özellikli bulunmakla beraber, taraf devletlerin MSHS’ne etkililik ve fonksiyonellik katmasına ve MSHS’nden kaynaklanan sorumlulukları ifa etmeleri hususunda yol göstermektedir. Bahse konu yorumlar aynı zamanda, MSHS’ne taraf olmayı düşünen diğer devletlere de, yüklenecekleri yükümlülüklerin içeriğini göstermektedir. DOĞAN/HAZAR, s. 147; Komitece meydana getirilen genel yorumlar için bkz. “General Comments Adopted by the Human Rights Committee”, <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcomms.htm>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁹¹ DOĞAN/HAZAR, s. 147.

⁹² SMITH, s. 68.

⁹³ Detaylı bilgi için bkz. “The United Nations Human Rights Treaty System, Fact Sheet No: 30, Review:1”, s. 23,

bir başlangıç raporu ve sonrasında belirli süreçlerle raporlar sunmak mecburiyetindedir.⁹⁴ Başlangıç raporunda, ilgili devletin anayasasında bulunan insan haklarına dair düzenlemeler, hakların muhafazasına dair yargısal kriterler ve hakların ihlali halinde başvurulabilecek idari ve hukuki usullerin açıklanması gereklidir. Dönemsel raporlar ise, komitenin tespit edeceği süreçler içerisinde, ilgili insan hakları sözleşmesinin tarafı bulunan devletlerin ülkelerinde tatbikine dair hali açıklamak için verilmektedir.⁹⁵

Her komite, devletlerden gelen raporları, ilgili devlet temsilcileriyle birlikte inceleyip kamuya açık şekilde müzakere eder. Rapor değerlendirmeleri, ilgili devlet temsilcileriyle işbirliği içinde hayata geçirilir. Raporların incelenmesinin akabinde komiteler, tamamlayıcı yorumlar yaparak müzakerenin neticesinde ilgili devletlere öneriler verirler. Devletlerin komitelerce alınan karar ve verilen önerilere uymaları beklenir. Komitelerin acele hallerde ve ağır insan hakları ihlallerinin vukuu durumunda, devletlerden spesifik raporlar talep edebilme yetkisini haizdir.⁹⁶

Rapor yöntemi, insan hakları sözleşmelerinin tatbikinde kabul gören temel sistemdir. Ancak rapor yöntemi insan haklarının muhafazasında kısıtlı tesiri haizdir. Zira sözleşmelerin ihlali halinde bir müeyyide kabul edilmemiş olması, sadece bahse konu sorumluluğu ifa etmeyen devletlerin adının yıllık raporlarında tespit edilerek kınanabilmesi, komitelerin kuvvetinin kısıtlı bulunduğu bir işarettir.⁹⁷ Bununla beraber devletler, genelde ya raporları vaktinden sonra sunmakta ya da insan hakları problemlerine dair oldukça kifayetsiz ve basit raporlar Üstelik komitelerin hazırladığı, kendilerine sunulan raporlara dair genel fikirlerini kapsayan ve üye devletlere gönderilen raporlar, bağlayıcı gücü haiz değildirler. Ancak bahse konu raporlar, taraf

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet30Rev1.pdf>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

⁹⁴ ALGAN Bülent/TİRYAKİ Refik, “Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar Ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği”, *Avrasya Dosyası*, BM Özel, İlkbahar 2002, Cilt: 8, Sayı: 1, s. 119-120; JOSEPH/KYRIAKAKIS, s. 21; KALABALIK, s. 374.

⁹⁵ DOĞAN/HAZAR, s. 148.

⁹⁶ KALABALIK, s. 375.

⁹⁷ DOĞAN/HAZAR, s. 148; ALGAN/TİRYAKİ, s. 121.

devletlerde ve haliyle bütün dünyada sözleşmelerin koordineli biçimde tatbiki maksadına hizmet eder.⁹⁸

İnsan Hakları Komitesi'nin tatbik ettiği rapor sistemi incelendiğinde⁹⁹, üye devletler medeni ve siyasal hakları muhafaza ve geliştirme hususunda ülkelerinde aldıkları önlemleri kapsayan dönemsel raporları 5 yıllık süreçler için Komite'ye sunmak zorundadırlar. Üstelik üye devletlerden gerekli gördüklerinde spesifik raporlar talep etme yetkisini haizdir.¹⁰⁰ Bununla beraber üye devletler, MSHS'nin kendi ülkelerindeki yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içerisinde, medeni ve siyasal hakları muhafaza eden anayasal düzenlemeleri, hakların muhafazasına yardımcı olan hukuki kriterleri ve MSHS'nde bulunan haklarla çelişkiler bulunması durumunda yerel seviyede başvurulabilecek idari ve hukuki başvuru usullerini kapsayan başlangıç raporunu Komite'ye vermek mecburiyetindedirler. Devletler hazırladıkları raporları, BM Genel Sekreteri vasıtasıyla Komite'ye sunarlar.¹⁰¹ Komite, kendisine gönderilen raporları incelemesinin ardından, raporlara dair “genel görüşlerini” kapsayan rapor oluşturarak, bahse konu raporu üye devletlere ve gerekli görmesi halinde Ekonomik ve Sosyal Konsey'e iletir.¹⁰²

ii. Devlet Başvurusu Yoluyla Denetim

Devlet başvurusu yoluyla denetim sisteminde, bir devlet diğer bir devlete yönelik, taraf buldukları insan hakları sözleşmelerinin gereksinimlerini ifa etmediği sebebiyle şikâyetle bulunabilir ve bahse konu devlet hakkında işlem başlatabilmektedir.¹⁰³ Ancak bahse konu usulün işletilebilmesi için, ilgili devletin komitenin yetkisini, özel bir

⁹⁸ DÖNER, s. 44.

⁹⁹ Komite MSHS çerçevesinde devlet raporlarına ilişkin kılavuz oluşturulmuştur. Bahse konu kılavuz hakkında detaylı bilgi için bkz. “Consolidated Guidelines for State reports under the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. CCPR/C/66/GUI/Rev.2 (2001)”, <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/reportguidelines-2001.html>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

¹⁰⁰ SMITH, s. 68.

¹⁰¹ KALABALIK, s. 375; KARAOSMANOĞLU Fatih, İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 147.

¹⁰² BOZKURT, s. 65.

¹⁰³ TOPAL, par. 32.

bildiri vasıtasıyla tanınması gerekir.¹⁰⁴ Bunun tek istisnası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin¹⁰⁵ 33. maddesinde ifade edilen devlet başvurularıdır.¹⁰⁶ Bahse konu madde uyarınca, AİHS'ye taraf bulunan bütün devletler, diğer bir taraf devlete yönelik, sorumluluklarının ihlali sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM)'ne başvurabilmektedir.¹⁰⁷ Pratikte devletler, bahse konu şikâyet sitemini sık kullanmamakta¹⁰⁸, bir menfaati zarar gördüğünde genelde misilleme usulüne başvurmakta ve ilgili denetleme kurumunun yetkisini kabul etmemektedirler.¹⁰⁹

İnsan Hakları Komitesi'nin uygulaması incelendiğinde, Komite'nin yetkisinin şikâyet edilen ilgili devletçe kabul edilmesi koşuluyla birlikte, uluslararası hukukça kabul edilen iç hukuk yollarının ilgili devletlerce tüketilmesi gerekir.¹¹⁰ MSHS tarafı bulunan devletlerden biri, diğer bir taraf devletin MSHS düzenlemelerini ifa etmediği düşüncesini haizse, durumu yazılı bir şekilde ilgili devlete bildirir. Bildirimi alan devletin üç ay içinde, yazılı şekilde gerekçesini bildirip açıklama yapma sorumluluğu mevcuttur.¹¹¹ Gerçekleştirilen açıklamanın ve gerekçelerin tatmin edici olması halinde problem çözülür. Bahse konu devletler ilk bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde uzlaşamazlarsa, taraflardan birisi diğer devlete durumu bildirerek meseleyi İnsan Hakları Komitesi'ne götürebilmektedir.¹¹²

Komite'ye gelen devlet başvurusunda süreç, kabul edilebilirlik şartlarının değerlendirilmesi, maddi gerçeğin incelenmesi ve devletleri

¹⁰⁴ ERDOĞAN Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2017, s. 258.

¹⁰⁵ Detaylı bilgi için bkz. "European Convention on Human Rights", https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

¹⁰⁶ KALABALIK, s. 378.

¹⁰⁷ AİHS m. 33.

¹⁰⁸ Günümüze dek BM andlaşmalar düzeninde, devlet başvurusu sistemi hiç kullanılmamıştır. Detaylı bilgi için bkz. "International Justice Resource Center, Human Rights Committee", http://www.ijrcenter.org/un-treaty-bodies/human-rights-committee/#Inter-State_Complaints, Erişim Tarihi: 05.07.2023; JOSEPH/KYRIAKAKIS, s. 23.

¹⁰⁹ KALABALIK, s. 378.

¹¹⁰ MSHS m. 41/1, 1-c.

¹¹¹ MSHS m. 41/1-a.

¹¹² MSHS m. 41/1-b.

uzlaştırmaya dair faaliyet yürütmek biçiminde hayata geçmektedir. Komite, uzlaştırma vazifesini meydana getireceği bir komisyona devredebilir. Bahse konu üç kademeli sürecin temel maksadı, devletleri yargılamak değil, sözleşmenin tatbikine dair farklı fikirleri uzlaştırmaktır.¹¹³ Diğer bir deyişle, Komite sadece tarafsız bir arabulucu şeklinde hareket eder.¹¹⁴

iii. Bireysel Başvuru Yoluyla Denetim

Son olarak, bireysel başvuru usulü incelendiğinde¹¹⁵, kimi uluslararası sözleşmeler, sözleşmede yer alan haklarının ihlal edildiği iddiasında bulunan bireylere, bahse konu ihlalden sorumlu olduğunu iddia ettiği hükümete yönelik, ilgili denetleme biriminde mekanizmayı işletme yetkisi tanımaktadır.¹¹⁶ Ancak kişilere verilen bahse konu başvuru hakkı, sadece ilgili devletin kişilerin başvuru yetkisini bariz bir biçimde kabul etmesine bağlıdır.¹¹⁷ İnsan haklarının muhafazası hususunda ehemmiyetli bir teminat tesis eden bireysel başvuru yöntemi, yargısal özellikte değildir.¹¹⁸ Bireysel başvuru yöntemi, ulusal egemenlikleri ihlal edeceği ve uluslararası hukukun öznelerinin sadece devletlerden oluştuğunu ileri süren klasik görüşlerin tesiriyle, genelde ek ihtiyari protokollerle düzenlenmiştir.¹¹⁹ Bireysel başvuru sistemini kabul eden sözleşme ve ek protokoller şunlardır: “MSHS’ye Ek Seçimlik Protokol”, “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Seçimlik Protokolü”, “Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Seçimlik Protokolü”, “İşkenceye Karşı Sözleşme ve Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunması Sözleşmesi”.

Hükümetlerce işlenen insan hakları ihlallerini her birey, grup veya örgüt, BM Genel Sekreterliğine taşıyabilir. Başvurular mektup veya

¹¹³ DOĞAN/HAZAR, s. 149-150.

¹¹⁴ SMITH, s. 69.

¹¹⁵ HANSKI Raija/SCHEININ Martin, Leading Cases Of The Human Rights Committee, Turku, Finland, 2003, s. 33-80; İnsan Hakları Komitesince verilen bütün kararlar için bkz. “Decisions and Views of the Human Rights Committee”, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/undocs-index.html>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

¹¹⁶ JOSEPH/KYRIAKAKIS, s. 24.

¹¹⁷ KALABALIK, s. 380.

¹¹⁸ KARAOSMANOĞLU, s. 149.

¹¹⁹ SMITH, s. 69.

telgraf vasıtasıyla yapılabilmektedir. Başvuruda hangi usul ve denetim sistemine başvurulduğu net biçimde bulunmalıdır. İHYK başvuruları incelemesinin akabinde, gerekli kurumlara aktarır. Bireysel başvuru usulüne başvurabilmenin ana koşulu, ilgili komitenin bireysel başvuru yetkisinin özel bir bildiriyle, taraf devletlerce kabul edilmiş olmasıdır.¹²⁰

İnsan Hakları Komitesi açısından bireysel başvuru sistemi incelendiğinde, MSHS'ye Ek Seçimlik Protokol ile getirilen bu yöntemin tatbiki adına, ilgili devletin Seçimlik Protokol'e taraf olması gerekliliği ortadadır. Sadece MSHS'ye taraf bulunmak bireysel başvuru sisteminin işlemesi adına kâfi değildir.¹²¹ Devletin Protokol'e taraf olması başvuru yönteminin kabulüne işaret eder ve MSHS'de düzenlenen haklardan birinin ihlalini öne süren kişiler ilgili devlete yönelik Komite'ye başvurabilir. Devletler istedikleri vakit BM Genel Sekreterliği'ne yapacakları yazılı bir bildirim vasıtasıyla, Protokol'ü tek yanlı biçimde feshedebilirler. Bildiri tarihinden itibaren üç ay geçmesiyle fesih hüküm doğurur.¹²²

Komiteye yapılacak bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları aşağıdaki gibi sayılabilir:

- a) “Başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmiş olması gerekmektedir. Fakat iç hukuk yolları makul olmayan bir şekilde uzun sürerse, bu şart aranmayacaktır.”¹²³
- b) “Başvurunun yazılı bir şekilde ve başvuranın kimliğini ortaya koyacak şekilde, yani imzalı olması gerekmektedir.”¹²⁴
- c) “Başvuru hakkın kötüye kullanımı niteliği taşımamalıdır.”¹²⁵
- d) “Şikâyet konusu, başka bir soruşturma veya çözüm usulüne göre incelenmekte olmamalıdır.”¹²⁶

Başvurunun kabulünden sonraki süreç incelendiğine, Komite, kabul edilen başvuruları, şikâyet edilen devlete bildirir. Şikâyet edilen devlet, altı ay içerisinde fikirlerini Komite'ye sunar. Komite, bireysel

¹²⁰ KALABALIK, s. 381.

¹²¹ DÖNER, s. 46.

¹²² BOZKURT, s. 66.

¹²³ Ek Protokol m. 5/2

¹²⁴ Ek Protokol m. 3

¹²⁵ Ek Protokol m. 3

¹²⁶ Ek Protokol m. 5/2

başvuruyu ilgili devletin ilettiği fikir ve metinler çerçevesinde kapalı oturumlarda değerlendirir. Komite, değerlendirme neticesinde ulaştığı kanaatini ilgili devlete ve başvurucuya göndererek kamuoyuna ilan eder.¹²⁷

İnsan Hakları Komitesi başvurucu lehinde karara varmışsa, şikâyet edilen devletten bahse konu hak ihlalini gidermesini, maddi ve manevi zararların tazminin talep edebilir. Üstelik somut olayın niteliği uyarınca, ihlal bir kanundan doğuyorsa ilgili kanunun düzeltilmesi ya da yürürlükten kaldırılması, tutuklu olan bireyin tahliyesi benzeri tesirli çareler de sunulabilmektedir. Komite kararlarının icrası özel raportörler vasıtasıyla denetlenmektedir. Bireysel başvuru sistemi, bireylere hak ihlallerine yönelik bir teminat tesis etse de, alınan kararlar bağlayıcı olmaması sebebiyle, bu teminat kifayetsiz gelmektedir.¹²⁸

2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

a. Kapsamı ve İçeriği

ESKHS, uluslararası manada ekonomik, sosyal ve kültürel hakları detaylı bir biçimde düzenleyen ilk metin özelliğini haizdir.¹²⁹ Diğer bir deyişle, sosyal refah hakları şeklinde beyan edilen bahse konu hakları bütüncül, detaylı ve spesifik bir biçimde düzenleyen yegane sözleşme, ESKHS'dir. İnsan haklarının tümlüğü, bölünemezliği ve karşılıklı bağımlılığı prensipleri kapsamında, MSHS ve ESKHS birbirini tamamlar niteliktedir.¹³⁰

Sistematik açıdan MSHS ile aynı doğrultuda görünen ESKHS, taraf devletlere temel sorumluluklar getirmektedir. Zira bütün taraf devletler, kendi ülkesinde yaşayıp yargı yetkisi çerçevesinde bulunan tüm bireylere, herhangi bir ayırım gözetmeden Sözleşme'nin tanıdığı hakları tesis etmek ve bahse konu haklara saygı duymak mecburiyetindedir. Bununla beraber, taraf devletler, “kendi imkânları ölçüsünde” hem tek başlarına hem de uluslararası işbirliğiyle, öncelikle yasama işlemleri olmak üzere var olan tüm uygun vasıtaları kullanarak ESKHS'nde

¹²⁷ Ek Protokol m. 4, 5/4.

¹²⁸ DOĞAN/HAZAR, s. 153.

¹²⁹ SMITH, s. 46.

¹³⁰ DOĞAN/HAZAR, s. 159-160; KARAOSMANOĞLU, s. 150-151.

düzenlenen hakları “zaman içerisinde” tesis etmek mecburiyetindedir.¹³¹ Bu açıdan, ESKHS taraf devletlere, bireylere karşı direkt kullanılabilir hukuksal bir sorumluluk getirmek yerine, devletlere “yön gösterici” özellikte sorumluluk getirmektedir.¹³²

ESKHS'nin çerçevesinde hangi hakların yer aldığı incelendiğinde, MSHS ile müşterek bir düzenleme olan “self determinasyon hakkı” ile birlikte, “çalışma hakkı, sendika ve grev hakkı, sosyal güvenlik hakkı, ailenin korunması, uygun bir hayat standardı ve bunu geliştirme hakkı, eğitim hakkı, kültürel hayata katılma hakkı, bilimsel ilerlemelerden yararlanma ve bilimsel özgürlüklere saygı gösterilmesi hakkı” benzeri ekonomik, sosyal ve kültürel sahaya dair hakların, ESKHS'nin kapsamını meydana getirdiği görülecektir.¹³³

ESKHS'nde yer alan hak ve hürriyetlerin kısıtlanması hususu incelendiğinde, devletler, kişilerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan faydalanmalarını sadece kanunlar vasıtasıyla kısıtlayabilecektir. Üstelik bahse konu kısıtlamalar, sadece hakların özelliğiyle uygun olduğu oranda ve demokratik bir toplumda genel refahın geliştirilmesi maksadıyla yapılmalıdır. Bununla beraber, hem devletler hem de gruplar ve kişiler, sözleşme maddelerini, sözleşmede yer alan haklardan birisini ortadan kaldırmaya ilişkin ya da sözleşmede kabul edilenden daha detaylı bir biçimde kısıtlamaya imkân verecek bir biçimde yorumlayamaz.¹³⁴

b. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi

Ekonomik ve Sosyal Konsey, devlet raporlarının değerlendirilmesi konusunda kendisine yardımcı olması adına, 1985 senesinde “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK)”ni

¹³¹ DÖNER, s. 49.

¹³² BOZKURT, s. 68.

¹³³ SSENIONJO Manisuli, “Economic, Social And Cultural Rights: An Examination Of State Obligations”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010, s. 37.

¹³⁴ KARAOSMANOĞLU, s. 152.

oluşturmuştur.¹³⁵ ESKHK, BM çatısındaki insan hakları sözleşmeleriyle meydana getirilen komitelerden, direkt sözleşme ile oluşturulmamış olması açısından farklılaşır.¹³⁶ Üstelik 5 Mayıs 2013 tarihinde kabul edilen ek Protokolle Sözleşmenin denetlenmesi için rapor yöntemine ek olarak bireysel başvuru sistemi oluşturulmuştur. Buna göre Sözleşmeye taraf devletlerin, kişilerin Sözleşmede yer alan sosyal, ekonomik ve kültürel haklarını ağır ve istikrarlı biçimde ihlali durumunda, bireyler ESKHK'ne o devlete yönelik bireysel başvuru yetkisini haiz olabileceklerdir. Aynı şekilde bahse konu devletin ESKHK'nin bireysel başvuru hakkını tanıması gerekir.¹³⁷

ESKHK, 4 yıllık süreç için seçilen 18 üyeden meydana gelmektedir. Müzakerelerini Cenevre'de gerçekleştiren ESKHK, yılda iki defa üçer haftalık süreyle bir araya gelmekte ve müzakereler kamuya açık biçimde yapılmaktadır.¹³⁸ Esas vazifesi, taraf devletlerin Sözleşmeye dair ilettikleri raporların incelemesini gerçekleştirme ve tavsiye kararları alma olan ESKHK, ESKHS'nin farklı düzenlemelerine dair "genel yorum" kararları¹³⁹ alır. Üstelik ESKHK, Ekonomik ve Sosyal Konsey adına, devletler ve uzman kuruluşlarca verilen insan haklarına dair raporları, değerlendirme ve tavsiyede bulunması maksadıyla, İnsan Hakları Komisyonu'na iletir. Bununla birlikte ESKHK, devletlerin davetiyle, bilgi toplama ve araştırma yapmak maksadıyla ziyaretler gerçekleştirebilir.¹⁴⁰

¹³⁵ Detaylı bilgi için bkz. "Introduction to the Committee Committee on Economic, Social and Cultural Rights", <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cescr/introduction-committee>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

¹³⁶ DOĞAN/HAZAR, s. 163.

¹³⁷ Detaylı bilgi için bkz. "Introduction to the Committee Committee on Economic, Social and Cultural Rights", <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cescr/introduction-committee>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

¹³⁸ KALABALIK, s. 372; SMITH, s. 71.

¹³⁹ Komitece meydana getirilen genel yorumlar için bkz. "General Comments Adopted by the Human Rights Committee", <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcomms.htm>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

¹⁴⁰ KARAOSMANOĞLU, s. 154.

c. Denetim Mekanizması

ESKHS, daha önce de ifade edildiği üzere, sadece raporlara dayanan bir denetim sistemi oluşturmuştur. Haliyle ESKHS’de, MSHS’ndeki gibi şikâyetlere dayanan devlet ya da bireysel başvuru usulü yer almamaktadır. ESKHK’nın da esas vazifesi, taraf devletlerin raporlarını değerlendirmektir. ESKHK bu vazifesine ek olarak, ESKHS’nin farklı düzenlemeleri ile ilgili genel yorum yapma yetkisini haizdir. Genel yorum hakkı, tüm BM sözleşme içi denetim makamlarında yer alan genel bir yetkidir. Komite üstelik ESKHS düzenlemeleri hakkında taraf devlet temsilcileri ve hükümet dışı örgütlerle işbirliği içerisinde genel toplantı düzenleyebilmektedir.¹⁴¹ ESKHS çerçevesinde meydana getirilen rapor usulü, tesir ve neticeleri itibarıyla, MSHS’den ciddi farklılıklar barındırmamaktadır. Bireysel ve devlet şikâyetlerine dayanan bir denetim mekanizması bulunmayan ESKHS’ndeki hakların ihlali durumunda taraf bir diğer devlet aleyhine veya bireyler taraf devletler aleyhine şikâyet yetkisini haiz değillerdir. Aynı tarihte imzalanan KSHS ve ESKHS arasındaki muhafaza usulü bakımından meydana gelen bu farklı yaklaşım, muhafaza altına alınan hakların özelliklerinden ortaya çıkmaktadır. MSHS’de taraf devletler bakımından daha net düzenlemeler yer alırken, ESKHS’de program düzenlemeler yer almaktadır.¹⁴²

ESKHS’nin öngördüğü denetim sistemleri incelendiğinde, öncelikle MSHS’ndeki denetim sistemlerine nazaran daha zayıf bir sistemin kabul edildiği görülmektedir. Ancak sonrasında kabul edilen ek Protokollerle¹⁴³ denetim sisteminin güçlendirildiği görülecektir. İlk durumuyla ESKHS’de sözleşmenin uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi hususunda, sadece devletlerin belirli süreçlerle rapor vermesi yöntemi kabul edilmiştir.¹⁴⁴ ESKHS’ne taraf bulunan devletler, ESKHS’nin kendileri açısından yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde

¹⁴¹ EREN, Abdurrahman, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması, Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007, s. 344.

¹⁴² EREN, s. 352-353.

¹⁴³ Detaylı bilgi için bkz. “Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, https://www.ohchr.org/sites/default/files/OProtocol_en.pdf, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

¹⁴⁴ DÖNER, s. 49-50.

bir başlangıç raporu sunmak mecburiyetindedirler. Üstelik taraf bulunan devletler, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in tespit edeceği plan çerçevesinde, belirli süreçlerde, ESKHS'de yer alan haklara dair aldıkları önlemleri, bu sahada meydana gelen gelişmeleri ve varsa ilerlemelerin önündeki pürüzleri ve güçlükleri kapsayan raporları oluşturarak, BM Genel Sekreteri vasıtasıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey'e tevdi etmek mecburiyetindedirler.¹⁴⁵

V. SONUÇ

BM, insan haklarının küresel bir terim durumuna ulaşmasını tesis etmiştir. Ayrıca bahse konu terimin geliştirilmesi, kapsamının genişletilmesi ve bu haklarca tesis edilen muhafazanın pratiğe dökülmesi açısından ehemmiyetli bir işlev görmüştür. Hem BM çatısında hazırlanan sözleşmeler aracılığıyla, hem de sözleşme dışı denetim sistemleriyle, insan haklarına saygı özendirilmiş, insan hakları terimi olgunlaştırılmış ve insan hakları ihlalleri engellenmeye gayret edilmiştir. Ancak insan haklarının muhafazası hiçbir zaman BM'nin temel maksadı olmamıştır. Temel maksadı dünya barış ve güvenliğinin sürekliliğini tesis etmek olan BM, bahse konu maksada varmak adına insan haklarının muhafazasının gerektiğini anlamış ve bu kapsamda kendisine vazife biçmiştir. Hakikaten uluslararası barış ve güvenliğin devamlılığı, toplumun ana ögesi bulunan insanların haiz bulunduğu temel haklara saygı gösterilmesine ve muhafazasına bağlıdır. Zira toplumda, kişilere haiz buldukları haklar tanınmadığı veya bahse konu hakların ağır bir biçimde ihlali durumunda, bahse konu toplumda meydana gelecek karışıklık bütün dünya barışına tesir etmektedir. Bu açıdan BM'nin, insan haklarının muhafazasını kendisi adına temel bir maksat kabul etmesi gerekir.

Uluslararası alanda bir otorite eksikliğinin olması insan haklarının muhafazası hususunda en büyük noksanlıktır. Devletleri, bireylerin haklarını çiğnememeye, insan haklarına saygı duymaya zorlayacak bir otoritenin bulunmaması esas problemdir. Bu bakımdan, takriben tüm dünya devletlerinin taraf bulunduğu BM örgütü, bu otorite eksikliğini bir nebze de olsa gidermeye çalışmaktadır. BM insan hakları düzeninde en ehemmiyetli noksanlıklardan biri de, bireylerin başvurabilecekleri bir yargı sisteminin olmamasıdır. BM, insan hakları hususunda yetkin ve tüm üye devletler açısından bağlayıcı hükümler

¹⁴⁵ SMITH, s. 46.

vereabilen, AIHM'ne benzer özellikte bir yargı organını haiz bulunsaydı, bu şekilde yargı organının mevcudiyeti, örgüte üye olan devletlerin insan hakları sorumluluklarını ifa etmeleri ve kişilerin haklarını ihlalden imtina adına tesirli bir zorlayıcı kuvvet olurdu. Ancak devletlerin, mevcut bulunan sözleşmelerce kabul edilen denetim sistemlerinin tatbikinde ve sorumlulukların ifasında bile gönülsüz tutumları uluslararası toplumun bu şekilde küresel bir insan hakları yargı sisteminin meydana getirilmesine hazır bulunmadığını göstermektedir.

İnsan hakları sözleşmelerince oluşturulan muhafaza sistemleri ile bahse konu sözleşmeler dışında meydana getirilen denetim sistemleri, bağlayıcı bir özellik taşımadıkları için kendilerinden istenen tesiri gösterememektedirler. Rapora dayalı denetim sisteminde, hem devletlerin bahse konu raporların oluşturulmasında gereken itinaı göstermemeleri sebebiyle, hem de raporlara ilişkin Komitelerin verdiği kararların yalnızca tavsiye özelliğinde bulunması bu yöntemi etkisiz bırakmaktadır. Devlet başvurusu yöntemini devletler, sözleşmelerde düzenlemelerine karşın, bu yöntemin siyasi bir özellik arz etmesi sebebiyle pratikte kullanma ihtiyacı hissetmemektedirler. Bireysel başvuru usulü bireylere, ağır ihlallere yönelik başvurma yetkisi verse de, başvuru hakkının taraf bulunan devletin tanınmasına bağlı olması ve verilen kararların bağlayıcı bulunmaması sebebiyle etkisizdir. Bu açıdan, bahse konu yöntemlerin devletler bakımından bağlayıcı duruma getirilmesi, mekanizmanın fonksiyonelliği açısından ehemmiyet arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- “About United Nations Human Rights High Commissioner”,
<https://www.ohchr.org/en/about-us/high-commissioner>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “Consolidated Guidelines for State reports under the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. CCPR/C/66/GUI/Rev.2 (2001)”,
<http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/reportguidelines-2001.html>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “Decisions and Views of the Human Rights Committee”,
<http://hrlibrary.umn.edu/undocs/undocs-index.html>, Erişim Tarihi: 05.07.2023
- “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi”,
<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0148.pdf>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “European Convention on Human Rights”,
https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “General Assambly’s Resolution, 217(III)A, Universal Declaration of Human Rights”,
[https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/217\(III\)&Lang=E](https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/217(III)&Lang=E), Erişim Tarihi: 04.07.2023.
- “General Assambly’s Resolution, 2200 A (XXI)”,
[https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/2200\(XXI\)&Lang=E](https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/2200(XXI)&Lang=E), Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “General Assambly’s Resolution, 290(IV), Essentials Of Peace”,
https://digitallibrary.un.org/record/210389/files/A_RES_290%28IV%29-EN.pdf?ln=en, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “General Comments Adopted by the Human Rights Committee”,
<http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcomms.htm>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “International Justice Resource Center, Human Rihgts Committee”,
http://www.ijrcenter.org/un-treaty-bodies/human-rights-committee/#Inter-State_Complaints, Erişim Tarihi: 05.07.2023

- “Introduction to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cescr/introduction-committee>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “Introduction to the Human Rights Committee”, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ccpr/introduction-committee>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi”, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Ek Seçimlik Protokol”, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/08/20060805-1.htm>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol”, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/08/20060805-1.htm>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “Milletlerarası Sözleşme Karar Sayısı: 2003/5851”, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, https://www.ohchr.org/sites/default/files/OProtocol_en.pdf, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “Organisation of African Unity Charter”, https://au.int/sites/default/files/treaties/7759-file-oau_charter_1963.pdf, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’ye Ek İkinci İhtiyari Protokol”, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/12/20051227-3.htm>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “Status of Ratification Interactive Dashboard”, <http://indicators.ohchr.org/> Erişim Tarihi: 05.07.2023.
- “The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies”, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

“The Responsibility To Protect, International Commission On Intervention And State Sovereignty”, s. 14, <https://reliefweb.int/attachments/705a0cca-6274-37dd-b2bc-9eca9d910d8c/9E3FADE53A92B6EDC1256C8D00508655-iciss-intervention-dec01.pdf>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

“The United Nations Human Rights System: How To Make It Work For You”, s. 4, <https://digitallibrary.un.org/record/635551/files/UN%27s%2520Role.pdf?ln=en>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

“The United Nations Human Rights Treaty System, Fact Sheet No: 30, Review:1”, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet30Rev1.pdf>, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

“United Nations Charter (full text)”, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.
[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2106\(XX\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2106(XX)), Erişim Tarihi: 28.02.2022.

“United Nations Human Rights Council”, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

“UNODC and The Promotion and Protection of Human Rights, Position Paper, 2012”, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Human_rights_position_paper_2012.pdf, Erişim Tarihi: 05.07.2023.

ALGAN, Bülent/TİRYAKİ Refik: “Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar Ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği”, *Avrasya Dosyası*, BM Özel, İlkbahar 2002, Cilt: 8, Sayı: 1, ss. 92-127.

ARSAVA, Fusun: “BM Güvenlik Konseyi’nin İnsan Haklarını Koruma Rolü Ve Güvenlik Konseyi’nin Yetkilerinin Dayanağı Ve Sınırları”, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, Cilt: 4, No: 13, 2007, ss. 1-16.

Birleşmiş Milletler Türk Derneği, Birleşmiş Milletler ve İnsan Hakları, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları, Ankara 1979.

BOZKURT, Enver: *İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2003.

BOZKURT, Enver/ERDAL Selcen/POYRAZ Yasin: Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

CİVELEK, Jale: “1789 Fransız Bildirisi Ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 9, Sayı: 1, 1989, ss. 1-9.

ÇALIK, Tacettin: “Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları İle İlişkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt:2, Yıl: 2015, ss. 1091-1134.

DEMİR, Esra: “İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 3, 2008, ss. 209-242.

DEMİRDAL, M. Balkan: “İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşme”, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2013, ss. 201-221.

DOĞAN, İlyas: İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara, 2022.

DOĞAN, İlyas/HAZAR Zeynep: “BM Medeni Ve Siyasi Haklar Sözleşmesi”, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2013, ss. 143-156.

DOĞAN, İlyas/ÖZDEMİR Omca: “İnsan Haklarının Birleşmiş Milletler Şartı Temelinde Korunması”, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2013, ss. 223-249.

DOĞAN, İlyas/ŞAHİN Fatma Süzgün: “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Yasaklanması”, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2013, ss. 177-184.

DÖNER, Ayhan: İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması Ve Avrupa Birliği Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2017.

EREN, Abdurrahman: Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması, Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü. Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara. 2007.

GÖÇER, Mahmut: İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler, Nobel Yayın, Ankara 2009.

GREEN, James Frederick: The United Nations And Human Rights, Washington D.C., 1958.

HANSKI, Raija/SCHEININ Martin: Leading Cases Of The Human Rights Committee, Turku, Finland, 2003.

JOSEPH, Sarah/KYRIAKAKIS Joanna: “The United Nations And Human Rights”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth), 2010. ss. 1-35.

KALABALIK, Halil: İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

KARAOSMANOĞLU, Fatih: İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.

SCHMİDT, Markus: “United Nations”, International Human Rights Law, (Edited by: Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford 2010, ss. 391-432.

SKOGLY, Sigrun I.: “Extraterritoriality: Universal Human Rights Without Universal Obligations”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited By: Sarah Joseph and Adam McBeth), 2010, ss. 71-96.

SMITH, Rhona K. M.: International Human Rights, Fifth Edition, Oxford 2012.

SSENYONJO, Manisuli: “Economic, Social And Cultural Rights: An Examination Of State Obligations”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth), 2010, ss. 36-70.

STEINERTE, Elina/ WALLACE Rebecca: United Nations Protection Of Human Rights, Section A: Mechanism For Human Rights Protection By United Nations Bodies, London 2009.

TOPAL, Ahmet Hamdi: “Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması”, Mevzuat Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 83, Kasım 2004, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/11a/01.htm>, Erişim Tarihi: 28.02.2022.

VÄYRYNEN, Raimo: “Enforcement And Humanitarian Invention: Two Faces Of Colective Actions By The United Nations”, Future Of The United Nations System: Potential For The Twenty-First Century, (Editor: Chadwick F. Alger), 1998.

VERDIRAME, Guglielmo: The UN And Human Rights, New York 2011.

AFAD'IN TEŞKİLAT YAPISI VE SORUMLULUĞU BAKIMINDAN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİNE DAİR BİR İNCELEME

Murathan YARDIMCIOĞLU*

ÖZ

Ülkemizde sıklıkla afetler meydana gelmekte olup, 6 Şubat 2023 depremleri örneğinde olduğu gibi bu afetler kimi zaman çok büyük yıkımlara neden olabilmektedir. Bu yıkımların sonucunda oluşan zararlarla afetzedelerin baş edebilmesi ise mümkün olamamaktadır. Bu yüzden afetlerle mücadele edebilmek için bütüncül bir sistem gerekmektedir. Bu doğrultuda ülkemizde afetle mücadelenin etkili olabilmesi, afet yönetiminde koordinasyonun sağlanabilmesi için Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) kurulmuştur. Afetlerle mücadelede önemli roller üstlenen AFAD, İçişleri Bakanlığına bağlı kuruluş statüsünde ülkemiz idari teşkilatında yer almaktadır. AFAD'ın afet yönetiminin tüm aşamalarında yürütmekle yükümlü olduğu birçok faaliyeti bulunmaktadır. Bu faaliyetleri yerine getiremediğinde, kötü yürüttüğünde ya da geç yerine getirdiğinde ise AFAD'ın sorumluluğu oluşacaktır. Ancak uygulamada hatalı olarak davacılar tarafından AFAD'a karşı husumetin yöneltilmediği veya AFAD'ın kendisinin sorumluluğunun olmadığını ileri sürdüğü görülmektedir. Ayrıca 6 Şubat 2023 depremlerinde hak sahipliğinin belirlenmesi süreciyle de AFAD ilgilenmektedir. Bu görev AFAD'a 7269 sayılı

* Arş. Gör., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: myardimcioglu@dicle.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1972-7563.
Makalenin Gönderim Tarihi : 09.02.2024.
Makalenin Kabul Tarihi : 29.05.2024.

Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunun geçici madde 27 hükmü ile verilmiştir. Hak sahipliğinin belirlenmesine ilişkin mevzuatımızdaki düzenlemelerde AFAD'a bu konuda daha önce yer verilmediğinden, uygulama ile mevzuat arasında farklılıklar oluşmaya başlamıştır. Bu durum ise özellikle hak sahipliğine ilişkin açılacak davalarda husumetin kime yöneltileceğine dair problemlere neden olmaktadır. Bu doğrultuda çalışmamızda uygulamada yaşanan sorunlara ilişkin bir inceleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: AFAD, afet, afet yönetimi, idarenin sorumluluğu, hak sahipliği.

AN EXAMINATION OF SUABILITY OF THE AFAD IN TERMS OF ITS ORGANIZATIONAL STRUCTURE AND LIABILITY

ABSTRACT

Disasters occur frequently in our country, and sometimes these disasters can cause great destruction, as in the example of the earthquakes of February 6, 2023. It is not possible for disaster victims to cope with the damages resulting from these destructions. Therefore, a holistic system is required to combat disasters. In this direction, the Disaster and Emergency Management Presidency (AFAD) was established in our country to ensure effective disaster response and coordination in disaster management. AFAD, which plays important roles in combating disasters, is included in the administrative organization of our country with the status of an institution affiliated with the Ministry of Interior. AFAD has many activities that it is responsible for carrying out in all stages of disaster management. AFAD will be liable if it fails to carry out these activities, carries them out poorly, or performs them late. However, in practice, it appears that the plaintiffs erroneously did not direct hostility towards AFAD or claimed that AFAD itself was not responsible. In addition, AFAD is also involved in the process of determining entitlement in the February 6, 2023 earthquakes. This task was given to AFAD by the temporary article 27 of the Law No. 7269 on Measures to be Taken and Assistance to be Provided Due to Disasters Affecting Public Life. Since AFAD has not previously been included in the regulations in our legislation regarding the determination of entitlement, differences have begun to emerge between the practice and the legislation. This situation causes problems as to whom the hostility will be directed, especially in cases related to entitlement. In this regard, in our study, an examination of the problems encountered in practice was carried out.

Keywords: AFAD, disaster, disaster management, liability of the administration, entitlement.

I. GİRİŞ

Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının 3 Temmuz 2023 tarihinde yayınlanan 2022 Yılı Doğa Kaynaklı Olay İstatistikleri'ne göre, ülkemizde sadece 2022 yılı içerisinde 18 çığ, 21.054 deprem, 859 heyelan, 137 kaya düşmesi, 13 obruk, 450 sel/su baskını ile 451 fırtına, dolu, aşırı kış koşulları vb. doğa olayı yaşandığı tespit edilmiştir¹. Sadece 2022 yılı verisinden dahi anlaşılacağı üzere ülkemizde doğa olayları sıklıkla yaşanmaktadır ve belirtilmelidir ki bunların zaman zaman çok ciddi yıkımlara yol açtığı, büyük kayıplara sebebiyet verdiği görülmektedir. Nitekim 6 Şubat 2023 tarihinde ve devamında yaşanan depremlerin ülkemize maliyeti, Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığının hazırladığı “2023 Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Raporu”nda 1.995 milyar Türk Lirası (103,6 milyar dolar) olarak hesap edilmiştir². Bu yüzden ülkemizin afetlere maruz kalacağını baştan kabul etmek ve iyi bir afet yönetiminin gerçekleştirilmesi için gerekli çalışmaların yapılması gerekmektedir. Bu yönde ülkemizde de afet yönetiminde ihtisaslaşmayı artırmak, afetlerle mücadelede etkin ve bütüncül bir yönetim tesis etmek için İçişleri Bakanlığına bağlı olarak Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) kurulmuştur.

AFAD, 15 Temmuz 2018 tarih ve 4 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) m. 30 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. 4 Nolu CBK m. 30/2 hükmünde “*afet ve acil durumlar ile sivil savunmaya ilişkin hizmetlerin ülke düzeyinde etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli önlemlerin alınması ve olayların meydana gelmesinden önce hazırlık ve risk azaltma, olay sırasında yapılacak müdahale ve olay sonrasında gerçekleştirilecek iyileştirme çalışmalarını yürüten kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonun sağlanması, yurt içinde ve yurt dışında insani yardım operasyonlarının yapılması ve koordine edilmesi ile bu konularda*

¹ AFAD, 2022 Yılı Doğa Kaynaklı Olay İstatistikleri, https://www.afad.gov.tr/kurumlar/afad.gov.tr/e_Kutuphane/Istatistikler/2022-Yili-Doga-Kaynakli-Olay-Istatistikleri.pdf, (Erişim Tarihi: 26.12.2023).

² Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, 2023 Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Raporu, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/03/2023-Kahramanmaraş-ve-Hatay-Depremleri-Raporu.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.12.2023).

politika önerilerinin geliştirilmesi ve uygulanması” ifadelerine yer verilmiş ve AFAD'ın görevleri ile yetkilerinin adeta genel bir çerçevesi çizilmiştir. Bu çerçeveden bakıldığında afet yönetiminin her aşamasında AFAD'ın görev ve yetkileri bulunduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte uygulamada AFAD'ın, savunma olarak kendisinin sorumluluğunun olmadığını belirttiği veya davacılar tarafından husumetli olarak gösterilmediği bazı mahkeme kararlarına rastlanmaktadır³. Halbuki afetlerde çok önemli görevler üstlenmekte olan AFAD'ın hazırlanmış olduğu 2023 Yılı Kurumsal Mali Durum ve Beklentiler Raporu'na göre, sadece 6 Şubat 2023 depremleri nedeniyle kendisine husumetin yöneltileceği 1 milyon adedin üzerinde dava açılması beklenmektedir⁴. Bu doğrultuda AFAD'ın dava edilebilirliğini inceleyeceğimiz çalışmamızda, öncelikle afet yönetimine ilişkin kavramlara kısaca değinerek afet yönetiminin aşamalarını gösterecek ve afet ile afetin oluşturduğu zararların giderilmesi için yürütülen faaliyetleri birbirinden ayıracağız. Ardından AFAD'ın kurulma süreci ile teşkilat yapısını açıklayıp, kamu tüzel kişiliğini ve husumet ehliyetini irdelleyeceğiz. Son olarak, AFAD'ın afetlerle ilgili faaliyetlerinden sorumluluğunun oluşup oluşmayacağını, sorumluluğunu azaltmak veya tümden kaldırmak için hangi nedenleri ileri sürebileceğini belirlemeye çalışacağız.

II. AFET YÖNETİMİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

AFAD'ın kuruluş amacını, görevlerini, sorumluluklarını daha iyi anlayabilmek için afet, acil durum ve bu durumlarda yaşanan kriz anının yönetilme sürecinin nasıl olduğuna dair temel bazı bilgilerin açıklanması gerekmektedir. Belirtelim ki, bu hususlar başlı başına birer araştırma ve uzmanlaşma konusudur. Bu nedenle incelememizin daha iyi anlaşılabilmesi için bu bilgilere konumuzu ilgilendirdiği kadarıyla değineceğiz.

³ Erzurum BİM 2. İdari Dava Dairesi, T.26.12.2022, E.2022/1980, K.2022/5472, (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 09.03.2024); Erzurum BİM 2. İdari Dava Dairesi, T.09.12.2020, E.2019/45, K.2020/1972, (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 06.03.2024).

⁴ AFAD, 2023 Yılı Kurumsal Mali Durum ve Beklentiler Raporu, Temmuz 2023, s.97.

A. Afet Kavramı

Türk Dil Kurumu (TDK) Arapça kökenli afet kelimesini “*çeşitli doğa olaylarının sebep olduğu yıkım*” olarak tanımlamaktadır⁵. AFAD’ın, Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü’nde ise afet, “*Toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan, etkilenen toplumun baş etme kapasitesinin yeterli olmadığı doğa, teknoloji veya insan kaynaklı olay*” olarak tanımlanmış ve tanımın devamında “*Afet bir olayın kendisi değil, doğurduğu sonuçtur*” ifadesine yer verilmiştir⁶. Benzer bir tanım, 4 Nolu CBK m. 31 hükmünde, Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği m. 4 hükmü ile Afet ve Acil Durum Yönetim Merkezleri Yönetmeliği m. 3 hükmünde de yapılmıştır. Bu bağlamda yaşanan bir doğa olayına afet denilebilmesi için insanların yaşamını etkileyecek büyük ölçekte bir zararın oluşması gerekmektedir. İnsanların yaşanan olay sonucunda ortaya çıkan yıkımın üstesinden gelmekte zorlanması, bir olaya afet denilebilmesi için aranan koşulların başında gelmektedir. Hiç kimseyi etkilemeyen bir volkanik dağ patlaması, deprem veya sel gibi doğa olayları afet olarak nitelendirilmemektedir. Bu nedenle de afet tanımında doğa olayının sonucu da önem arz eden diğer bir unsur teşkil etmektedir⁷.

Afetler, kökenlerine göre ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki doğal kaynaklı afetler, ikincisi ise insan kaynaklı afetlerdir. Doğal kaynaklı afetlere heyelan, sel baskını, volkan patlamaları, deprem, çığ düşmesi; insan kaynaklı afetlere ise, nükleer, biyolojik, kimyasal kazalar, maden kazaları, ulaşımda meydana gelen büyük çaplı kazalar, siber tehditler, savaşlar, terör olayları, kitlesel göçler örnek olarak

⁵ Güncel Türkçe Sözlük, “Afet”, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

⁶ Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü, “Afet”, <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>, (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

⁷ Özcan Sezer, Şevin Tozbey, “Türkiye’de Afet Yönetiminin Merkezi ve Yerel Düzeyde Örgütlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, İSMUS, C.8, S.1, 2023, s.82; Murat Buğra Tahtalı, Merkezi ve Yerinden Yönetimlerin Deprem Afeti Riskine Karşı Yapı Denetim ve Kentsel Dönüşümdeki Yükümlülükleri, Adalet, Ankara 2023, s.20; Gülcan Azimli Çilingir, Türkiye’de Afet Yönetimi ve İdarenin Sorumluluğu, Adalet, Ankara 2023, s.21.

gösterilebilir. Afetler meydana geliş hızlarına göre de ikiye ayrılmaktadır. Zira kimi afetler zaman içerisinde oluşurken kimi afetler aniden oluşmaktadır. Örneğin kuraklık, kıtlık, şiddetli soğuklar yavaş gelişen doğal afetler olarak ifade edilmektedir. Buna karşın sel, deprem, hortum gibi olaylar, aniden gelişen doğal afetlere örnek olarak gösterilmektedir. Afetlerin büyüklüğü ise, afet sonucunda oluşan yıkımın büyüklüğüne bakılarak ölçülmektedir. İnsanların üstesinden gelmekte zorlanacağı seviyede geniş bir coğrafyayı veya kitleyi etkileyen afetlerin sonucunda oluşan yıkımın meydana getirdiği can, mal ve sosyal kayıplar, siyasal ve ekonomik etkiler ne kadar büyürse afetin de büyüklüğü o kadar artmaktadır. Bu doğrultuda da birçok alanı etkileyecek türden sonuçları olan afetlerin üstesinden gelmek, bütüncül bir sistemle ele alınarak başarılabilir⁸.

B. Acil Durum Kavramı

Acil durum, AFAD'ın Açıklamalı Afet Terimleri Sözlüğü'nde, *“büyük, fakat genellikle yerel imkânlarla baş edilebilen çapta, ivedilik gerektiren tüm durum ve hâller”* olarak tanımlanmıştır⁹. Afet ve Acil Durum Yönetim Merkezleri Yönetmeliği m. 3 hükmü ile Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği m. 4 hükmünde ve 4 Nolu CBK m. 31 hükmünde ise acil durum kavramı, *“Toplumun tamamının veya belli kesimlerinin normal hayat ve faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan ve acil müdahaleyi gerektiren olayları ve bu olayların oluşturduğu kriz hali”* olarak açıklanmıştır. Acil durum, ivedi bir şekilde müdahaleyi gerektirmesinin yanı sıra genel yapısı itibariyle geçici bir olaydır. Trafik kazaları, yangın gibi olaylar acil duruma sebebiyet verebilmekle birlikte afetler de acil durum oluşturmaktadır. Nitekim acil durumlarda arama kurtarma çalışmaları, güvenlik tedbirleri alınması, acil tıbbi yardımda bulunulması gibi faaliyetler yürütülebilmektedir¹⁰.

⁸ Sezer ve Tozbey, s.82; Tahtalı, s.19-24; Azimli Çilingir, s.24-46; Ömer Can Alkan ve Ahmet Yıldız, “İdare Hukuku Açısından Deprem”, Deprem Hukuku Başvuru Kitabı, Seçkin, Ankara 2023, s.206; AFADEM, İnsan Kaynaklı Afetler, <https://www.afad.gov.tr/afadem/insan-kaynakli-afetler>, (Erişim Tarihi: 18.03.2024).

⁹ Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü, “Acil Durum”, <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>, (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

¹⁰ Sezer ve Tozbey, s.83.

C. Aşamalarıyla Birlikte Afet ve Acil Durum Yönetimi

Açıklamalı Afet Terimleri Sözlüğü'ne göre afet ve acil durum yönetimi, “afetlerin önlenmesi ve zararlarının azaltılması amacıyla bir afet olayının öncesi, sırası ve sonrasında yapılması gereken çalışmaların planlanması, yönlendirilmesi, koordine edilmesi, desteklenmesi ve uygulanabilmesi için toplumun tüm kurum ve kuruluşlarıyla kaynaklarının bu ortak hedefler doğrultusunda yönetilmesi” anlamına gelmektedir¹¹. Belirtelim ki, acil durum yönetimi ile afet yönetimi kavramları da kendi içlerinde sahip oldukları özellikler sebebiyle birbirinden ayrılmaktadır.

Acil durum yönetimi, afet yönetimine göre sürekli nitelikte olmayıp, acil durum olarak değerlendirilen bir olayın meydana gelmesi ile başlamakta ve acil durumu gerektiren nedenler ortadan kalktığında nihayete ermektedir. Bu yönüyle acil durum yönetimi, afet yönetimindeki olaya müdahale ve kısa süreli iyileştirme faaliyetleri içerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla afet sonucunda meydana gelen kriz ortamında gösterilecek etkin bir acil durum yönetimiyle afetin sonuçları en aza indirebileceği gibi tümüyle ortadan da kaldırılabilir. Öte yandan etkin bir acil durum yönetimi; planlı, hazırlıklı ve koordineli olmayı ve olağan yönetimlerden farklı olarak olağan dışı imkan, kaynak ve yetkileri de gerektirmektedir¹².

Afet yönetimi ise afetlerin önlenmesi, zararların azaltılması, afet sonucunu doğuran olaylara müdahale edilmesi ve afetten etkilenen topluluklar için yeni bir yaşam çevresi oluşturulabilmesini kapsayan, bu hususların gerçekleştirilebilmesi için toplumca yapılması gereken bir mücadele sürecidir. Görüleceği üzere afet yönetimi acil durum yönetimine göre daha kapsamlı ve uzun bir süreç olup, belirli aşamalardan oluşmaktadır. Buna göre afet yönetiminin dört aşaması bulunmaktadır. Bu aşamalar: zarar azaltma aşaması, hazırlık aşaması, müdahale aşaması ve iyileştirme aşamasıdır¹³.

¹¹ Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü, “Afet ve Acil Durum Yönetimi”, <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>, (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

¹² Sezer ve Tozbey, s.83.

¹³ Sara E. Harrison ve Peter A. Johnson, “Crowdsourcing the Disaster Management Cycle”, International Journal of Information Systems for Crisis Response and Management, C.8, S.4, 2016, s.19; Erin P. Hughey ve

1. Zarar Azaltma Aşaması

Zarar azaltma aşaması, afet meydana gelmeden önceki zaman diliminde yer alan bir aşama olup, afet yönetimindeki aşamalar bir döngü içerisinde yer almakta olduğundan iyileştirme aşamasından sonra gelmektedir¹⁴. Uygulamada ise iyileştirme aşamasıyla beraber başlamaktadır. Zarar azaltma aşaması, afet sonucunda oluşabilecek zararların minimuma indirilebilmesi için veya tümünden ortadan kaldırılabilmesi için önlemlerin alındığı aşamayı teşkil etmektedir. Bu aşamada insan yaşamının, bina vb. yapıların, eşya gibi mala ilişkin hususların olası bir afette daha iyi korunabilmesi için gerekli hazırlıklar yapılmaktadır. Örneğin bir afet bölgesinde yapılaşmaya izin verilmemesi, yapı denetimleri yapılarak yıkılması olası binalar için gerekli önlemlerin afet öncesinde alınmaya başlanması, risk haritalarının oluşturulması, ilgili mevzuatın tekrardan elden geçirilerek kontrol edilmesi gibi uygulamalar ve çalışmalar zarar azaltma aşamasında başvurulan yöntemleri oluşturmaktadır¹⁵.

2. Hazırlık Aşaması

Hazırlık aşaması, afet yönetiminin ikinci aşamasını oluşturmaktadır. Bu aşamada, afet sonucunda meydana gelen yıkımın olumsuz sonuçlarına karşı etkili bir müdahalenin ve insanlara yardımın zamanında yapılabilmesi için gerekli çalışmaların afet öncesinden hazırlıklarına başlanılmaktadır. Tatbikatların yapılması, halka eğitimler verilmesi, afet zamanında ihtiyaç duyulacak olan ekipmanların temininin sağlanması, erken uyarı sistemlerinin kurulması gibi hazırlıklar bu aşamadaki uygulamalara örnek gösterilebilecek niteliktedir. Öte yandan arama kurtarma çalışmaları gibi faaliyetlerin etkin bir şekilde yapılabilmesi için gerekli organizasyon ve teşkilat yapısının

Heather M. Bell, “A Model of Community Response: Institutional Structures and Effective Disaster Management”, Risk, Hazards & Crisis in Public Policy, C.3, S.2, 2012, s.1-2; Sezer ve Tozbey, s.84; Azimli Çilingir, s.53.

¹⁴ Hughey ve Bell, s.2; Harrison ve Johnson, s.21.

¹⁵ Richard Oloruntoba, Ramaswami Sridharan ve Graydon Davison, “A Proposed Framework of Key Activities and Processes in The Preparedness and Recovery Phases of Disaster Management”, Disasters, C.42, S.3, 2018, s.550; Sezer ve Tozbey, s.84.

oluşturulması, olası afet senaryoları üzerinde çalışmalar yapılması, planlar hazırlanması da bu aşamanın önemle ele aldığı konulardandır. Zira olası bir afete karşı iyi hazırlanıldığı takdirde başarılı bir müdahale aşamasının gerçekleşmesi sağlanmış olacaktır¹⁶.

3. Müdahale Aşaması

Müdahale aşaması, afetin meydana gelmesiyle birlikte başlamaktadır ve afetin büyüklüğüne göre 1-2 ay kadar sürebilmektedir. Bu aşamada arama kurtarma çalışmaları, ilkyardım ve tedavi hizmetleri ile hasar tespitinin gerçekleştirilmesi, ihtiyaçların belirlenmesi, afet bölgesindeki kişilerin tahliyesi, geçici barınma alanlarının oluşturulması, yiyecek, içecek, giyecek ve yakacak temininin sağlanması gibi faaliyetlerin en hızlı şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca afet bölgesine teknik ve insani yardımın ulaştırılabilmesi için kesintisiz bir haberleşme ile ulaşımın varlığına da gerek duyulmaktadır. Bu yüzden de afetin oluşturduğu zorlukların üstesinden gelebilmek için ihtiyaç duyulan organizasyon ve koordinasyonun önceden hazırlanmış olması önem arz etmektedir. Bu bağlamda müdahale aşamasının etkin bir şekilde yönetilebilmesi ancak zarar azaltma ve hazırlık aşamalarının çok iyi gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır¹⁷.

¹⁶ Sezer ve Tozbey, s.85; Alkan ve Yıldız, s.208-209. Afetler, toplumların karşılaştığı sorunlardan yalnızca biri olduğu için zarar azaltma ile hazırlık aşamalarının genellikle ikinci plana atıldığı belirtilmektedir. Bu yüzden hem hükümet hem de toplum afet yönetimini önemserse afetlerle mücadelenin daha etkin olacağı, hükümetlerin de seçmenlerin hassasiyetini dikkate alarak bu konuda daha çok politika geliştireceği ifade edilmektedir. Böylece bu konuda yasalar oluşturulmasıyla birlikte hesap verilebilirliğin artacağı, afet yönetimi için gerekli kaynağın ve afet politikalarının tutarlılığının korunmasının sağlanacağı yönünde bkz. Hughey ve Bell, s.3.

¹⁷ Sezer ve Tozbey, s.85-86; Alkan ve Yıldız, s.209 vd.; Eser Us Doğan, “Bütünleşik Afet Yönetimi Sisteminde İdarenin Afet Sonrası Görevleri ve Güncel Sorunlar”, Deprem Dolayısıyla Ortaya Çıkan Güncel Hukuki Sorunlar Sempozyumu, 30 Mayıs 2023, s.118-119. Afet öncesinde disiplinler arası iş birliği sağlanarak gerekli koordinasyonun oluşturulması, ortak plan ve eğitimler hazırlanması, tatbikatlar yapılması gibi çalışmaların müdahale aşamasının etkili olmasını sağladığı yönünde, Oloruntoba, Sridharan ve Davison, s.551.

4. İyileştirme Aşaması

Afet sonucunda meydana gelen zararların giderilerek toplumun en kısa sürede normal yaşamına dönebilmesini sağlamak için gerekli tüm faaliyetlerin yürütüldüğü aşama, iyileştirme aşamasıdır. Afet yaşanmadan evvelki koşullara tekrar dönülmesinin yanı sıra eskiye göre daha güvenli yaşam çevresi oluşturabilmek iyileştirme aşamasının amacını oluşturmaktadır¹⁸. Bununla birlikte afetin yaşanmasıyla başlayan ve afetin büyüklüğüne göre birkaç yıl süren bir süreçtir. Bu aşamada, su, kanalizasyon, elektrik, ulaşım, haberleşme, eğitim, gibi faaliyetlerin tekrardan sağlanması için çalışmalar yürütülmektedir. Ekonominin canlandırılmasına, istihdamın teşvik edilmesine yönelik girişimlerde bulunmaktadır. Alt yapı ve üst yapıda iyileştirmeler yapılmaktadır. Böylece afetin olumsuz etkilerine maruz kalmış toplulukların temel yaşamsal faaliyetleri asgari seviyede de olsa yerine getirilmeye çalışılmaktadır¹⁹.

III. AFAD'IN TEŞKİLAT YAPISI

Ülkemiz teşkilat yapısında AFAD'ın yer almadığı dönem incelendiğinde, yaşanan afetlerle birlikte değişkenlik gösterecek şekilde bir afet yönetimi sisteminin oturtulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. İlk olarak afet yönetimiyle ilgili politikalar 1939 tarihinde meydana gelen Erzincan Depremi üzerine başlamış, 15 Mayıs 1959 tarih ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun ile yasal dayanağa kavuşmuştur²⁰. 7269 sayılı Kanuna ilişkin yapılan incelemelerde ise yetki tartışmasına izin vermemek, etkin ve hızlı bir afet yönetimi sağlayabilmek için merkezde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına²¹; taşrada

¹⁸ Oloruntoba, Sridharan ve Davison, s.554.

¹⁹ Sezer ve Tozbey, s.86; Us Doğan, s.123-126; Azimli Çilingir, s.71; Alkan ve Yıldız, s.217 vd.

²⁰ Bkz. AFAD, AFAD ve Tarihçesi, <https://afad.gov.tr/afad-hakkinda>, (Erişim Tarihi: 12.03.2024).

²¹ 7269 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde Bakanlığın adı, İmar ve İskan Bakanlığıdır. 7269 sayılı Kanun günümüzde de yürürlükte olduğundan, çalışmamızda Bakanlığın güncel adı kullanılmıştır.

mülki idare amirliklerine yetki verildiği ifade edilmektedir²². Gerçekten de 7269 sayılı Kanunun m. 1/3 hükmünde meydana gelen afetin o yerin genel hayatına etkili olup olmadığına karar verme yetkisi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına verilmiştir. Hatta hızlılığı sağlayabilmek adına m. 1/4 hükmü uyarınca valiler, Bakanlığın kararını beklemeden acil tedbirleri almak için yetkili kılınmıştır. 1988 yılına gelindiğinde Afetlere İlişkin Acil Yardım Teşkilatı ve Planlama Esaslarına Dair Yönetmelik çıkarılmışsa da afet yönetimi için esas dönüm noktası 17 Ağustos 1999 tarihli Marmara Depremi olmuştur. Zira Marmara Depremi ile 7269 sayılı Kanunda öngörülen modelin istenen koordinasyonu sağlayamadığı ve yeni bir sistemin oluşturulması gerektiği anlaşılmıştır. Bunun üzerine mülga 27 Ekim 1999 tarih ve 583 sayılı KHK ile Türkiye Acil Durum Yönetimi Başkanlığı kurulmuştur. Ardından mülga 18 Mayıs 2000 tarih ve 600 sayılı KHK uyarınca Başkanlığın adı Genel Müdürlük olarak değiştirilmiştir²³. Sonrasında 17 Haziran 2009 tarihinde 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş ve Başbakanlığa bağlı olacak şekilde Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı kurulmuştur. Böylece tek bir merkezden daha bütüncül bir afet yönetimi oluşturulması amaçlanmıştır²⁴. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesiyle de Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı varlığını korumaya devam etmiştir. Ancak bu sefer, 4 Nolu CBK'nın m. 30 vd. hükümlerinde İçişleri Bakanlığına bağlı kuruluş statüsünde olarak ülkemiz idari teşkilatında yerini almıştır. Bununla birlikte CBK m. 30/2 uyarınca, zarar azaltma, hazırlık, müdahale ve iyileştirme aşamalarının tamamında bulunacak şekilde AFAD'a görev ve yetkiler verilmiştir²⁵. Ayrıca ilgili maddelerde AFAD'ın teşkilat yapısı

²² A. Kürşat Ersöz, “7269 Sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’un ve Bu Kanun Kapsamındaki Hak Sahipliği Kurumunun Türk İdare Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *İNÜHFD*, C.14, S.2, 2023, s.489.

²³ Mehmet Aktel, “5902 Sayılı Yasa ile Türkiye’de Afet Yönetiminde Oluşan Değişim”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.27, 2010, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/55629>, (Erişim Tarihi: 12.03.2024), s.4.

²⁴ Sezer ve Tozbey, s.86-87; Azimli Çilingir, s.137.

²⁵ Us Doğan, s.117.

da düzenlenmiştir. Buna göre AFAD merkezde ve taşrada olacak şekilde bir örgütlenme yapısına sahip kılınmıştır²⁶.

Teşkilatlanmanın en üst amiri AFAD başkanı olup başkan, İçişleri Bakanı tarafından afet veya acil durum olarak nitelendirilen toplumsal olaylar, iç ve dış tehditler gibi diğer olay ve durumlarda verilen görevleri yürütmek, ulusal düzeyde etkin koordinasyonu sağlamak, yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla görev alanına giren konularda iş birliği yapmak gibi yetkilerle donatılmıştır (m. 33/1-g ve m. 33/1-h). Yaptığı hizmetlerden ise İçişleri Bakanına karşı sorumlu tutulmuştur (m. 33/2). Bununla birlikte Başkana yardımcı olmak üzere iki Başkan Yardımcısı atanabileceği ve bu kişilerin Başkana karşı sorumlu olduğu düzenlenmiştir (m. 34/1 ve m. 34/2). Burada belirtelim ki 7269 sayılı Kanun ile 4 Nolu CBK'nın AFAD'a dair hükümleri incelendiğinde aralarında birtakım farklılıklar bulunduğu göze çarpmaktadır. Öncelikle 4 Nolu CBK'dan farklı olarak 7269 sayılı Kanun, afetin yaşandığı bölgenin *afete maruz bölge* olarak kararlaştırılıp ilan edilmesi ile afet sonucunda oluşan zararın genel hayata etkili olduğuna karar verilmesini birbirinden ayırarak ele almıştır. 7269 sayılı Kanunun m. 1/3 hükmü uyarınca Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına, aynı Kanunun m. 1/1 hükmünde afet olarak nitelendirilen “*deprem (yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri*” doğa olaylarının meydana gelmesinde veya muhtemel olması halinde zararın o yerin genel hayatına etkili olup olmadığına karar verme yetkisi verilmiştir²⁷. Afete maruz bölge kararı için ise daha farklı bir yol izlenmiştir. Buna göre 7269 sayılı Kanunun m. 2 hükmünde su baskınına uğramış veya uğrayabilir bölgeler için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının teklifi üzerine Devlet Su İşleri Müdürlüğünün bağlı bulunduğu Bakanlıkça (günümüzde Tarım ve Orman Bakanlığı); yer sarsıntısı (deprem), yer kayması, kaya düşmesi ve çığ gibi afetlere uğrayabilir veya uğramış bölgeler için ise Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının tespiti üzerine Cumhurbaşkanınca afete maruz bölge kararı alınacağı ifade edilmiştir²⁸. Oysa 4 Nolu CBK'nın m. 33/1-g

²⁶ Afet yönetiminin Türkiye'deki tarihi gelişimi için bkz. Tahtalı, s.43-51.

²⁷ Ersöz, s.489.

²⁸ Ayrıca 7269 sayılı Kanunun m. 2/2 hükmünde yangın afetine uğraması muhtemel olan sahalar için de farklı bir usul öngörülmüştür. Hükme göre şehir ve kasabalarda belediye meclislerinin, köylerde ise ihtiyar heyetlerinin tespiti ile kaymakamların görüşü alındıktan sonra valiler tarafından

hükmünde bir olayın afet olarak nitelendirilmesi İçişleri Bakanı tarafından yapılmaktadır. 4 Nolu CBK ile 7269 sayılı Kanun arasındaki diğer bir farklılık, afet olarak görülen olaylar bakımındandır. 7269 sayılı Kanunun m. 1/1 hükmünde afet olarak sayılan olaylar “ve benzeri” ifadesiyle geniş tutulmuş olsa da hepsi doğa olaylarıdır. Yukarıda açıkladığımız üzere afetler sadece doğa olayları sonucunda değil, insan kaynaklı olarak da meydana gelebilmektedir. 7269 sayılı Kanunun buna dair bir düzenleme içermemiş olmasından ötürü Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının insan kaynaklı bir afette bu nitelendirmeyi yapıp yapmayacağı belirsizdir²⁹. Buna karşın 4 Nolu CBK bu yönden daha güncel içeriğe sahip kılınmıştır. İçişleri Bakanı insan kaynaklı bir olay için de afet nitelendirmesi yapabilecektir. Öte yandan doğal veya insan kaynaklı olması fark etmeksizin meydana gelen bir olayın, İçişleri Bakanı tarafından afet diye nitelendirilmesi; Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının ise bu olayı afet olarak görmemesi ya da bu durumun tam tersinin yaşanması uygulamada güç olsa da mevcut düzenlemeler doğrultusunda karşılaşılması ihtimal dahilinde olan bir durumdur. İki Bakanlığın bir olayı farklı nitelendirmesi ihtimali, Başbakanlık makamının bulunduğu dönemlerde olmamıştır. Çünkü o dönemde AFAD başkanı Başbakana karşı sorumlu olup, Başbakanın afet olarak dikkate aldığı bir olay Bakanlıklar tarafından da aynı şekilde nitelendirilmekteydi. Halbuki şu anki sistemde AFAD Cumhurbaşkanlığına değil, İçişleri Bakanlığına bağlı ve AFAD başkanı Bakana karşı sorumludur. Bu doğrultuda da 4 Nolu CBK’da bir olayın afet olduğuna yönelik kararı Cumhurbaşkanı yerine İçişleri Bakanının alması öngörülmüştür. Bu yüzden de yaşanan bir olayın afet olup olmadığına yönelik farklı değerlendirmelerde bulunulmasının önü açılmıştır. Zira mevcut mevzuatımıza göre hem İçişleri Bakanının hem de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının bu konuda yetkisi bulunmaktadır³⁰.

AFAD’ın merkez teşkilatı birçok hizmet birimini içerisinde barındırmaktadır. Her bir birimin kendi özel görev ve yetkileri olup 4

verilecek onay üzerine ilgili bölgelerin yangın afetine uğraması muhtemel olduğu ilan edilmektedir.

²⁹ Bu yüzden 7269 sayılı Kanunda teknolojik afetlerin de afet tanımına eklenmesi ve bu yönde yasal düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir, bkz. Ersöz, s.489-490.

³⁰ Afete maruz bölge kararının alınmasında istisnaya yer verilmeyerek tek mercinin yetkili kılınması gerektiği yönünde bkz. Ersöz, s.498.

Nolu CBK'nın m. 35/2 hükmünde, Deprem ve Risk Azaltma Genel Müdürlüğü, Afetlere Müdahale Genel Müdürlüğü, Barınma ve Yapım İşleri Genel Müdürlüğü, Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Rehberlik ve Denetim Başkanlığı, Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Hukuk Müşavirliği, Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği, Özel Kalem Müdürlüğü şeklinde AFAD'ın merkez teşkilatındaki birimleri sıralanmıştır. İlaveten yine AFAD'ın bünyesinde olacak şekilde Afet Araştırmaları Merkezi ile Afet ve Acil Durum Eğitim Merkezi Müdürlüğü de diğer hizmet birimleri arasında yer almaktadır.

AFAD'ın taşra teşkilatı ise valiye bağlı olacak şekilde il afet ve acil durum müdürlükleri kurularak oluşturulmuştur. Ek olarak, Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği m. 13/1-c hükmüne göre, “*valiliklerce gerekli görülmesi halinde ilçelerde kaymakamlıklar bünyesinde İlçe AFAD Merkezi*” de kurulabilmektedir. Bu merkezlerde afet ve acil durumlarda yapılacak olan müdahalelerin koordinasyonu sağlanmaktadır. Bu bağlamda 7 gün 24 saat kesintisiz çalışmaları, güvenli bilgi işlem ve haberleşme sistemleriyle donatılmaları aranmaktadır (m. 13/1).

Genel hatlarıyla AFAD'ın teşkilat yapısı böyle olmakla birlikte, AFAD'ın tüzel kişiliğinin olduğuna dair açık bir hükme ilgili düzenlemelerde yer verilmemiştir. 4 Nolu CBK m. 30 hükmünde yalnızca, AFAD'ın İçişleri Bakanlığına bağlı bir Başkanlık olduğu belirtilmiştir. Bu yüzden hukuki kişiliğinin olup olmadığı değerlendirildiğinde, AFAD'ın tipik bir *Bakanlığa bağlı kuruluş* statüsünde olduğu anlaşılmaktadır. Zira her şeyden evvel bir teşkilatın kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle bir tüzel kişiliğe sahip olması gerekmektedir³¹. Sonrasında kamu tüzel kişiliği nitelendirmesi için aranan koşullara bakılmalıdır. Bu koşullardan biri kamu tüzel kişiliklerinin Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi öncesinde Anayasa veya kanunla kurulmuş olması gerektiği idi. Ancak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle birlikte CBK ile kamu tüzel kişisi kurulabilmesine de imkan tanınmıştır. Böylece bir tüzel kişiliğin kamu tüzel kişiliğini haiz olabilmesi için Anayasa, kanun veya CBK ile kurulması gerekmektedir. Buna ek olarak aranan diğer bir koşul, bu tüzel

³¹ Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.71; Kemal Gözler, Mahalli İdareler Hukuku, Ekin, Bursa 2018, s.165; Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2021, s.134-135.

kişiliğın kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülükleriyle donatılmış olmasıdır³². AFAD bu koşullar açısından incelendiğinde CBK ile kurulmuş ve özellikle afet yönetiminin ihtiyaçları doğrultusunda özel hukuk kişilerinden çok daha üstün yetkilere sahip kılınmıştır. Örneğın Afet ve Acil Durum Hizmetleri Yönetmeliğinin m. 18/2 hükmünde acil yardımlarda ihtiyaç duyulduğu takdirde, “*Etkin ve zamanında müdahale amacıyla Başkanlığın talebi üzerine; askeri kargo uçakları ve helikopterleri dahil olmak üzere tüm kurum ve kuruluşların hava, deniz ve kara araçları ve diğer yardımcı alet ve ekipmanları(nın), herhangi bir gecikmeye mahal verilmeksizin*” görevlendirileceğı belirtilmiştir. Bu bilgiler ışığında değerlendirme yapıldığında AFAD’ın, kamu tüzel kişiliğı için gereken koşulları sağlamasına rağmen sırf ilgili düzenlemelerde tüzel kişiliğı haiz olduğunu belirten herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olması nedeniyle, kamu tüzel kişiliğinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

İfade edelim ki, mevcut düzenlemeler dahilinde AFAD’ın kamu tüzel kişiliğine sahip olması sağlandığı takdirde de afet yönetimi için etkili bir değışim olmayacak, kısmen farklı bir afet yönetimi ortaya çıkacaktır. Öncelikle kamu tüzel kişiliğine sahip olan bir AFAD’ın İçişleri Bakanlığı ile hiyerarşik ilişkisi bitmiş olacaktır. Bu durumda AFAD başkanı bir olayın afet olup olmadığının nitelendirilmesi için İçişleri Bakanını beklemeyecek, doğrudan afet yönetimi ile ilgili süreci yönetebilecektir. İlaveten AFAD, kendisine ait bir bütçeye sahip olarak afet yönetimi için her zaman kullanabileceğı bir kaynağa kavuşacaktır. Bununla birlikte bakanlıkların, özellikle de İçişleri Bakanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değışikliği Bakanlığının, kendisi üzerinde vesayet denetimi söz konusu olacaktır. Bu nedenle de AFAD’ın afet yönetimine ilişkin kimi faaliyetlerinde bakanlıkların onayını veya iznini alması gerekecektir. Oysa AFAD kamu tüzel kişiliğine sahip kılınmak yerine bakanlık statüsüne kavuşturulursa, mevzuatta yapılacak değışikliklerle AFAD’ın afet yönetimindeki tek yetkili merci olmasının önü açılacaktır.

³² Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 14. Baskı, Turhan, Ankara 2021, s.162-165; Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 23. Baskı, Ekin, Bursa 2021, s.98-100; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş, Ankara 2021, s.207-211; Ulusoy, s.137-140; Oğuz Sancakdar ve Diğerleri, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s.115-118; Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri Cilt - I, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s.119-126; Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: I, 7. Baskı, Adalet, Ankara 2021, s.67-70.

Örneğin meydana gelen afetin genel hayata etkili olduğuna dair değerlendirmeyi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı yapmayacak, AFAD'ın bizzat kendisi afetle ilgili tüm kararları alabilecektir. Benzer şekilde 7269 sayılı Kanundaki iş ve işlemlerle, mesela m. 16 hükmünde düzenlenen afet bölgesindeki topluluğun başka bir yere taşınmasıyla, doğrudan AFAD ilgilenebilecektir. AFAD'ın İçişleri Bakanından talimat alan bir konumdan sıyrılıp, diğer bakanlıkları harekete geçiren bir pozisyonda olması afet yönetimindeki hızlılığı da pekiştirecektir. Keza AFAD kendisine ait kapsamlı bir bütçeye kavuşarak afetlerde barınma, yiyecek, giyecek, tedavi ve arama kurtarma çalışmaları için gerekli olan ekipmanların teminini de daha iyi bir şekilde sağlayabilecektir. Bakanlık statüsünde olan bir AFAD'ın varlığı, hem mevzuatın sadeleşmesini sağlayacak hem de kolaylaştıracaktır. Aynı zamanda hesap verilebilirliği de artıracaktır. Özellikle afetlerle mücadelede yaşanan aksamalardan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının mı, İçişleri Bakanlığının mı, AFAD'ın mı, valiliğin mi, belediyelerin mi, sorumlu olduğuna dair belirsizliğin önüne geçilecektir. Ülkemizde sıklıkla doğal afetlerin meydana geldiği de göz önüne alındığında AFAD'ın bir bakanlık statüsünde olması afet yönetimi için daha doğru olacaktır.

Belirtelim ki, AFAD'ın kamu tüzel kişiliğinin olmaması hukuki sorumluluğu olmadığı anlamına gelmemektedir. Çünkü idari yargılama hukukunda kesin ve yürütülmesi gereken işlem tesis ve icra etme yetkisine sahip olan veya zarara yol açan hizmeti nihai olarak tanzim etme ve yürütme yetkisine sahip olan idari kuruluşlara dava açılabilir³³. Bu yüzden AFAD'ın kamu tüzel kişiliğinin olmaması önemli değildir. Buna ek olarak, 26 Eylül 2011 tarih ve 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin m. 6/1 hükmünde idarelerin, kendi iş ve işlemleriyle ilgili olarak açılacak adli ve idari davalar ile tahkim yargılaması ve icra işlemlerinde taraf sıfatını haiz olduğu ifade edilmiştir. 659 sayılı KHK'nın m. 2/1-ç hükmünde idare kelimesiyle kastedilenin 10 Aralık 2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde belirtilen kamu idareleri olduğu açıklanmıştır. Bu doğrultuda AFAD'ın I sayılı Cetvelde yer alması nedeniyle de sorumlu olduğu

³³ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Ekin, Bursa 2022, s.420, 423; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, 5. Baskı, Savaş, Ankara 2021, s.371-372.

konular hakkında dava edilebileceği, diğer bir ifadeyle, husumet ehliyetine sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır³⁴. İlave olarak AFAD'ın taşra teşkilatı olan il afet ve acil durum müdürlüklerinin yapmış olduğu işlem ve eylemlerine karşı da dava açılabilmesi mümkündür. Ancak 4 Nolu CBK'nın m. 52/4 hükmünde belirtildiği üzere bu davalar valilik husumetiyle görülecektir. Başka bir ifadeyle, il afet ve acil durum müdürlüklerinin işlem ve eylemleri için davalar valiliğe karşı açılacaktır.

IV. AFETLER SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN ZARARLARDAN AFAD'IN SORUMLULUĞU

AFAD'ın afetler sonucunda oluşacak sorumluluğunu, 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen Kahramanmaraş ve Gaziantep merkezli iki büyük depremden sonra yürürlüğe giren 7269 sayılı Kanunun geçici m. 27 hükmünden kaynaklanan hak sahipliğine ilişkin sorumluluğu ve AFAD'ın afet yönetimine ilişkin görevlerini yerine getirirken doğabilecek sorumluluğu şeklinde ikiye ayırarak ele alacağız.

A. AFAD'ın Hak Sahipliğini Belirlemeden Doğan Sorumluluğu

7269 sayılı Kanunun m. 1 hükmünde belirtildiği üzere “*Deprem (Yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetlerde; yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde ... yapılacak yardımlar hakkında bu kanun hükümleri*” uygulanmaktadır. Afetten zarar gören kişilere, konut, işyeri, bina vb. yapılarla ilgili yardımlar veya kredi sağlanması gibi destekler ile bu yardım ve desteklerden kimlerin faydalanacağını belirlenmesi, diğer bir ifadeyle hak sahiplerinin tespit edilmesi 7269 sayılı Kanuna göre yapılmaktadır. Öte yandan 7269 sayılı Kanun uyarınca hazırlanan Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkındaki Yönetmelik de hak sahipliğinin tespitinde önem arz eden diğer bir düzenlemedir. Ancak her iki düzenleme de incelendiğinde AFAD'a dair hüküm içermedikleri görülecektir. Yalnızca 7269 sayılı Kanunun geçici m. 23, 24 ve 27 hükümlerinde AFAD'a ilişkin ifadelerle denk gelinmektedir. Geçici m. 23 hükmünde, 17 Ağustos 1999 ve 12 Kasım 1999 tarihlerinde meydana

³⁴ 659 sayılı KHK'nın idari yargılama hukukundaki husumet konusuna dair etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, s.420-423.

gelen depremlerle ilgili olarak hak sahipliği düşürülen kişilerin daha önce ödediği tutarın, hak sahiplerine AFAD tarafından kanuni faizi ile birlikte ödeneceği; geçici m. 24 hükmünde ise AFAD'ın 13 Mayıs 2014 tarihinde Manisa ili Soma ilçesinde meydana gelen maden kazasında hayatını kaybeden kişilerin mirasçılarına devredilmek üzere yapılacak konutlar için ihtiyaç duyulan taşınmazları bağış, satın alma, kamulaştırma, devir ve temlik veya tahsis yolu ile edinebileceği belirtilmektedir. Görüleceği üzere her iki madde hükmünde de AFAD'ın hak sahipliğini belirlemeye ilişkin doğrudan bir yetkisi bulunmamaktadır. Geçici m. 23 hükmünde AFAD hak sahipliği düşürülenlere geri ödeme yapmakta, geçici m. 24 hükmünde ise konutları yapabilmek için taşınmaz almaktadır.

Geçici m. 23 ve 24 hükmüne karşın 14 Temmuz 2023 tarihinde yürürlüğe giren geçici m. 27/1 hükmünde ise AFAD'a hak sahipliğini belirlemeye ilişkin önemli bir görev verilmektedir. Zira geçici m. 27/1 hükmünün AFAD'a ilişkin ifadelerine göre³⁵, hak sahipliğiyle ilgili duyuruların AFAD'ın resmi internet sitesi üzerinden gerçekleştirileceği, hak sahipliğine ilişkin başvuruların AFAD'ın belirlediği başvuru merkezlerine yapılacağı, başvuru sonuçlarının da yine AFAD'ın internet sayfasında ilan edileceği, ek olarak başvuru sonuçlarına itirazın da AFAD'ın belirlediği merkezlere yapılacağı belirtilmektedir. Geçici m. 27/1 hükmünde başvurularla mülki idare amirliklerinin de ilgileneceği

³⁵ Geçici m. 27/1 hükmüne göre, “6/2/2023 tarihinde meydana gelen depremler nedeniyle genel hayata etkili afet bölgesi olarak kabul edilen yerlerde bu Kanundan faydalanmak suretiyle inşaat kredisi verilmesini ya da bina yaptırılmasını isteyenlerin hak sahipliği başvurusunun yapılacağına dair duyuru, mahallinde mülki idare amirliğince ve Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı resmî internet sitesinde ilan edilir. Duyuruda, ilan tarihinden itibaren iki ay içinde mahallinde mülki idare amirliklerine veya Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığınca belirlenen başvuru merkezlerine yazılı olarak ya da e-Devlet Kapısı üzerinden başvuru yapılabileceği belirtilir. Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı gerektiğinde başvurular için en fazla bir ay ek süre verebilir. Başvuru sonuçları, mahallinde mülki idare amirliğince, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı resmî internet sitesinde ve e-Devlet Kapısı üzerinden ilan edilir. Bu fıkra uyarınca yapılacak ilanlar, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılmış tebligat yerine geçer. Hak sahibi kabul edilmeyenler, onbeş gün içinde mahallinde mülki idare amirliklerine veya Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından belirlenen başvuru merkezlerine yazılı olarak ya da e-Devlet Kapısı üzerinden itiraz edebilirler”.

ifade edilmekle birlikte yalnızca AFAD'a gerektiğinde başvurular için en fazla bir ay ek süre verme imkanı tanınmıştır. Bu bağlamda 6 Şubat 2023 tarihlerinde meydana gelen depremler için yapılacak hak sahipliğine ilişkin başvurularla AFAD'ın ilgilenmesi istenmiştir.

Hak sahipliği için yapılacak başvuruların değerlendirilmesi için inceleme komisyonlarının kurulması gerekmektedir. Uygulamada bu komisyonlara Hak Sahipliği İnceleme Komisyonu veya Mahalli Hak Sahipliği İnceleme Komisyonu da denilmektedir. Bu komisyonun kimlerden oluşacağı Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin m. 20 hükmünde açıklanmıştır. Buna göre komisyonlar ilgili mülkiye amirinin veya tevkil edeceği bir memurun başkanlığında; Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı mahalli kuruluşundan bir, mahalli tapu idaresinden bir, belediye teşkilatı olan yerlerde belediye encümeninden bir, köylerden ise ihtiyar kurulundan bir temsilcinin katılımıyla oluşmaktadır. Yönetmeliğin m. 20/2 hükmünde istisnai olarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının kuruluşunun bulunmadığı yerler için, ilgili mülkiye amirinin tayin edeceği kişinin Bakanlığı temsilen komisyona katılacağı belirtilmiştir. Ek olarak ilgili mülkiye amirlerinin bilgi ve görgüsünden yararlanmak istediği kişileri komisyon çalışmalarına dahil edebileceği de Yönetmeliğin m. 20/3 hükmünde ifade edilmiştir. Oysa 6 Şubat 2023 depremleri için uygulamada Yönetmelikten farklı olarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı yerine AFAD yetkilileri komisyonda görev almıştır³⁶.

³⁶ Hak sahipliğine ilişkin yapılan açıklamada, “*Bu süreci; 30 Mayıs 2023 tarihinde başlattık. Depremzedelerimize öncelikle yasal başvuru süresi verildi. 11 il, 124 ilçe ve 6 bin 929 mahalleyi kapsayan hak sahipliği çalışmaları 211 günde tamamlandı. Bu yoğun çalışma için, 146 Hak Sahipliği Ofisinde yaklaşık 2 bin 500 personel görev aldı. Tüm değerlendirmeler AFAD AYDES yazılımı üzerinden bilişim ortamında yapıldı. Vatandaşlarımız tarafından sunulan yaklaşık 30 milyon evrak incelendi. Toplamı 15 milyon sayfa olmak üzere 70 bine yakın komisyon kararı alındı. Bunların her biri 124 ilçe kaymakamı, 6 bin 929 mahalle muhtarı, 124 tapu temsilcisi, 124 nüfus temsilcisi, 124 belediye temsilcisi ve 124 AFAD yetkilisi tarafından imza altına alındı*” denilmiştir. Açıklama için bkz. <https://www.icisleri.gov.tr/icisleri-bakanimiz-sayin-ali-verlikaya-afet-ve-acil-durum-yonetimi-merkezinde-aciklamalarda-bulundu>, (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

Yönetmeliğin m. 21 hükmünde genel olarak, komisyonun hak sahipliği listesini düzenleyeceği, hak sahipliği için başvurular arasında hak sahibi niteliği taşımayanların gerekçeleri de açıklanarak ayrı bir listede belirtileceği, listelerin hazırlanması üzerine komisyon üyeleri tarafından imzalanacağı ve bir tutanakla belgelendirileceği ardından hak sahipleri listesi ile tutanakların birer nüshasının Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına gönderileceği ifade edilmiştir. 7269 sayılı Kanunun geçici m. 27/1 hükmünün son cümlesinde komisyon kararlarına on beş gün içerisinde itiraz edilebileceği, Yönetmeliğin m. 22/1 hükmünün son cümlesinde de itirazların komisyonca incelenip karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Buna ek olarak Yönetmeliğin m. 22/2 hükmünde hak sahipliği ve itiraz konusunda nihai kararın Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca verileceği belirtilmiştir. Görüleceği üzere, başvuru sonuçlarına itiraz imkanı tanınmakla birlikte itiraz sonucunun kişiler için olumsuz neticelenmesi halinde ne yapılacağı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla itiraz yolu da tüketildiğinde tüm idari süreç tamamlanmaktadır. Bu aşamada artık hak sahipliğine dair olumsuz neticenin lehe dönüşebilmesi için idari yargı yoluna başvurulması gerekmektedir³⁷.

Uygulamada idari yargı mercilerinde hak sahipliğine ilişkin komisyon kararının iptali için açılacak olan davalarda husumetin kime yöneltileceği ise 7269 sayılı Kanunun geçici m. 27 hükmü ile Yönetmeliğin m. 22/2 hükmü sebebiyle karışıklıklara neden olabilmektedir. Şöyle ki, 6 Şubat 2023 depremleri için başvurulara dair tüm aşamalar AFAD'ın il müdürlükleri veya ilgili mülki idare amirliklerince gerçekleştirildiğinden, hak sahipliğine ilişkin kararların da bu makamlarca verildiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda da AFAD il müdürlüklerince değerlendirilen başvurular için husumetin 4 Nolu CBK'nın m. 52/4 hükmü gereği olarak valiliğe; kaymakamlık bünyesinde oluşturulan inceleme komisyonları için ise kaymakamlığa yöneltilmesi gerekmektedir. Halbuki Yönetmeliğin m. 22/2 hükmünde son kararın Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca verileceği yazılıdır.

³⁷ Hasar tespit işlemine dayanan hak sahipliğine ilişkin kararın iptali davası açılabilmesi için tüm itiraz süreçlerinin eksiksiz tamamlanması ve süresi içinde dava açılması gerektiği, ayrıca bu tür davaların adli yardım kapsamında olduğu yönünde bkz. Özge Kaynak, "İdari Yargıda Deprem Sonrası Hasar Tespit İşlemine Dayanan Hak Sahipliği Davaları", İdare Hukuku ve İdari Yargılama Uluslararası Sempozyumu ISALAJ 2023, 20-23 Temmuz 2023, s.268-269.

Yönetmeliğin bu hükmüne göre hareket edildiğindeyse husumetin Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına yöneltilmesi gerekmektedir. Kişilerin doğrudan muhatap oldukları komisyonlar ise genellikle AFAD’la ilintili olduğundan veya kaymakamlık bünyesinde yer aldığından Yönetmelik hükmü uygulamada gözden kaçırılabilir niteliktedir. Bununla birlikte husumete ilişkin bu problemin Danıştay kararları incelendiğinde sadece 6 Şubat 2023 depremleriyle mevcut olmadığı da anlaşılmaktadır. Zira ilgili kararlarda idarenin, AFAD’ın kurulmasıyla birlikte hak sahipliğine ilişkin uygulamalarında zamanla değişikliğe gittiği ve hak sahipliğine ilişkin konularda AFAD’ı tercih etmeye başladığı görülmektedir. Bu yüzden de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının Yönetmelikte nihai karar merci olarak gösterilmesi eski bir uygulama gibi kalmaktadır. Bu tespitimizle bağlantılı olan Danıştay 14. Dairesinin bir kararında “*Uyuşmazlığa konu işlemin Mahalli Hak Sahipliği İnceleme Komisyonu kararı ile tesis edildiği, Mahalli Hak Sahipliği İnceleme Komisyonunun ise İl Afet ve Acil Durum Müdürlükleri ve Valiliğin emri altında görev yaptığı dikkate alındığında, dosyanın sadece E.. Valiliği husumetiyle tekemmül ettirilip karara bağlanması gerekirken, Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının da hasım mevkiine alınarak karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir*” ifadesine yer verilmiştir³⁸. Kararda fark edileceği üzere husumetin Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına hiç değinilmeden valiliğe yöneltilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Buna karşın Danıştay 6. Dairesinin bir kararında ise Yönetmeliğin m. 22/2 hükmü gereği nihai karar verme makamının Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olduğu vurgulanarak, “*dava konusu kararın hak sahibi kabul edilmemeye ilişkin olduğu ve onay makamı olan Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından verilen nihai karar ve eki listede davacının halihazırda hak sahibi kabul edilmediği durumu dikkate alındığında, İdare Mahkemesi tarafından davanın esasının incelenmesi suretiyle yeniden karar verilmesi gerektiği*”ne hükmedilmiştir³⁹. Böylece kararda dolaylı olarak da olsa AFAD’ın onay makamı olmadığına dikkat

³⁸ D14D, T.11.03.2015, E.2013/6792, K.2015/1836, (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 04.03.2024). Ayrıca bkz. Pınar Yaşar Şatroğlu, “Doğal Afetlerde Hak Sahipliği Kavramının Danıştay Kararları Işığında Açıklanması ve İdarenin Kusur Sorumluluğu Açısından Kavramın Değerlendirilmesi”, ABD, C.81, Deprem Özel Sayısı-I (Kamu Hukuku), 2023, s.253.

³⁹ D6D, T.02.03.2021, E.2019/13496, K.2021/2765, (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 04.03.2024). Ayrıca bkz. Ersöz, s.497.

çekilmeye çalışılmıştır. Ayrıca görüleceği üzere bu karardaki olayda AFAD, Yönetmelik hükümlerinde onay makamı olarak belirtilmemiş olmasına rağmen kendisini yetkili görerek inceleme komisyonu kararını onamıştır. Dolayısıyla Danıştaya yansıyan olaylardan anlaşılmaktadır ki fiiliyatta hak sahipliğine ilişkin kararlar için Yönetmelikten giderek ayrışan bir uygulama oluşmaya başlamıştır. 6 Şubat 2023 depremleri için 7269 sayılı Kanuna eklenen geçici m. 27 hükmüyle de fiiliyatta var olmaya başlamış bu uygulama adeta daha görünür hale gelmiştir. Fakat bu hüküm geçici niteliktedir ve Yönetmelikle yine de uyumlu değildir. Bu yüzden hukuki öngörülebilirlik açısından tehlike arz eden bu durumun düzeltilmesi, bunun için de Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkındaki Yönetmelik hükümlerinin komisyon oluşum şekli, karar inceleme usulü, itiraz aşamaları ve nihai karar mercinin belirlenmesi bakımından elden geçirilmesi gerekmektedir.

B. AFAD'ın Afet Yönetiminden Kaynaklanan Sorumluluğu

Ülkemizin idari teşkilatlanmasında afet yönetimi için önemli bir rol üstlenen AFAD, birçok yetki ve göreve sahiptir. CBK m. 30 ve devamında yer alan maddelere göre AFAD, afetzedelerin tedavi, beslenme, kılık kıyafet temini gibi acil ihtiyaçlarını sağlamak (m. 38/1-d), arama kurtarma hizmetlerinin planlanması, icra edilmesi ve müdahale faaliyetlerinde koordinasyonu sağlamak (m. 37/1-d ve m. 37/1-e), hayatın normale dönmesini sağlayıcı tedbirler almak (m. 38/1-a), meydana gelen afetlerin genel hayata etkili olup olmadığına karar verilmesine yönelik işlemleri yapmak (m. 38/1-b), geçici barınmayı sağlamak ve kalıcı barınmanın sağlanması için gerekli işlemleri yapmak (m. 38/1-c ve m. 38/1-f), muhtemel afet ve acil durum bölgelerini tespit etmek ve önleyici tedbirleri ilan etmek (m. 36/1-b), zarara uğraması muhtemel yerlerin plan, proje ve imar esaslarını belirlemek (m. 36/1-ç), yapı sağlığı izleme ve değerlendirme merkezi kurmak (m. 36/1-j), afet ve acil durumlara ilişkin veri tabanları, coğrafi bilgi sistemleri, haberleşme, tahmin ve erken uyarı sistemlerini kurmak (m. 41/1-h) gibi birçok faaliyeti yürütmekle yükümlü kılınmıştır. Peki bu faaliyetleri yerine getiremediğinde veya geç yerine getirdiğinde ya da kötü bir şekilde yürüttüğünde AFAD'ın sorumluluğu söz konusu olacak mıdır? Bunun için AFAD'a dava açılması mümkün müdür?

Sorularımızın yanıtına geçmeden önce idarenin sorumluluğunu açıklamak gerekir. İdare hukukunda sorumluluk *kusurlu sorumluluk* ve *kusursuz sorumluluk* olmak üzere iki alt başlıkta incelenmektedir.

İdarenin kusura dayalı sorumluluğu, kusursuz sorumluluğa göre öncelikle dikkate alınan sorumluluktur. Zira kusursuz sorumluluk istisnai, kusurlu sorumluluk ise esas olandır. Ayrıca idarenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için iki sorumluluk türünün aynı anda ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu doğrultuda idarenin zarardan sorumlu olup olmadığı değerlendirilirken önce kusura dayalı sorumluluğuna, sonra kusursuz sorumluluğuna bakılmaktadır⁴⁰.

Kusurlu sorumluluktaki kusur kavramına hizmet kusuru da denilmektedir. Hizmet kusuruna neden olan haller de hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi şeklinde tasnif edilmektedir. Kusursuz sorumluluk da kendi içinde iki alt başlıkla ele alınmaktadır. Bu başlıklar aynı zamanda kusursuz sorumluluğun ilkelerini teşkil etmektedir. Bunlardan ilki tehlike/risk ilkesi, ikincisi ise kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir. Tehlike/risk ilkesine göre idare, kendisinin yürüttüğü ve bünyesinde tehlike barındıran faaliyetlerinden dolayı kişilerin zarar görmesi halinde hiçbir kusuru olmasa bile meydana gelen zararı karşılamakla yükümlüdür. Tehlike/risk ilkesi de kendi içinde mesleki risk ve sosyal risk olarak ikiye ayrılmaktadır. Sosyal risk ilkesi terör olayları sonucunda ortaya çıkan zararların tazminine ilişkin iken, mesleki risk ilkesi kamu hizmetinde görev yapan kişinin görevini yerine getirirken veya görevinden dolayı uğradığı zararın tazminine ilişkindir. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ise idarenin toplumun yararına olan eylem ve işlemleri sonucunda bazı kişilerin zarara uğramasına neden olmasından ötürü tazmin yükümlülüğünün doğmasıdır. Bu ilkeyle herkesin yararına olan bir gelişmenin belirli bir grubun zarara uğramasıyla neticelenmesinin önüne geçilmek istenmektedir. Böylece

⁴⁰ Gözler ve Kaplan, s. 682, 695; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan, Ankara 2021, s.676; Meltem Kutlu, “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, Amme İdaresi Dergisi, C.32, S.4, 1999, s.16; Serkan Çınarlı ve Diğerleri, Yargı Kararları Işığında Afetlerden Kaynaklanan İdari Davalar, Adalet, Ankara 2023, s.405; Adil Bucaktepe, “Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, DÜHFD, C.17-18, S.26-27-28-29, 2012-2013, s.96, 99; Onur Gürer, “İdarenin Depremden Doğan Sorumluluğu ve 2023 Kahramanmaraş Depremi”, Depremin Özel Hukuk ve Kamu Hukuku Açılırlarından Değerlendirilmesi, 9 Mart 2023, s.98-99; Tahtalı, s.141; Alkan ve Yıldız, s.230.

yararlanmada olduğu kadar külfette de eşitlik sağlanmaya çalışılmaktadır⁴¹.

Kusurlu sorumluluk ile kusursuz sorumluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bazı nedenler bulunmaktadır. Bunlar mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar gören kişinin davranışı ve üçüncü kişinin davranışdır. Mücbir sebep, idarenin faaliyetinden kaynaklanmayan, dış etkenlerden ötürü meydana gelen ancak önceden tahmin edilemeyen, öngörülemeyen ve karşı konulması da mümkün olmayan olaylardır. Böylesi durumlarda mücbir sebep, hem kusurlu sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır. Mücbir sebep, deprem, sel gibi doğa olayları; ihtilal, savaş gibi beşeri olaylar veya grev gibi hukuki olaylar nedeniyle söz konusu olabilmektedir. Beklenmeyen hal, mücbir sebebe benzer bir kavram olup, beklenmeyen hale neden olan olaylar da tıpkı mücbir sebepteki olaylar gibi öngörülemez ve önlenemezdir. Ancak beklenmeyen hal ile mücbir sebebin arasındaki farkı, beklenmeyen hale neden olan olayların idarenin yürüttüğü faaliyetler içinde meydana gelmesi oluşturmaktadır. Bu yüzden de beklenmeyen hal kusura dayalı sorumluluğu ortadan kaldırmaktaysa da kusursuz sorumluluğu etkilememektedir. Zarar görenin davranışı ile üçüncü kişinin davranışı ise

⁴¹ Gözler ve Kaplan, s.682, 694-695; Gözübüyük ve Tan, s.718-719, 728 vd.; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj, Ankara 2015, s.369-373, 378-383; Kâzım Yenice ve Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık ve Ambalaj Sanayii*, Ankara 1983, s.85-98; Turgut Tan ve Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Turhan, Ankara 2021, s.439, 447-451; Turan Yıldırım, *İdare Hukuku*, (Ed. Turan Yıldırım), 8. Baskı, Onikilevha, İstanbul 2021, s.773, 776-781; Ulusoy, s.573-576; Sancakdar ve Diğerleri, s.833-839, 848-851; Atay, s.683-689, 695-710; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 9. Baskı, Adalet, Ankara 2021, s.625-628, 642 vd.; Çınarlı ve Diğerleri, s.400-401, 405-407; Bucaktepe, s.96, 100-101; Tahtalı, s.141-145; Gürer, s.98-99; Dilhun Ayaydın, “Deprem Nedeniyle Ortaya Çıkan Zararlarda İdarenin Sorumluluğu’nun Özel Hukuk Sorumluluğu’ndan Ayrıştırılması”, *Deprem Dolayısıyla Ortaya Çıkan Güncel Hukuki Sorunlar Sempozyumu*, 30 Mayıs 2023, s.176-177; Melike Çolakoğlu, *İdari Yargı Kararları Kapsamında Deprem Nedeniyle İdarenin Kusur Sorumluluğu*, Adalet, Ankara 2023, s.80-92; Suat Çalışkan ve Emre Cem Çalışkan, *Depremden Doğan Sorumluluk*, Platon, İstanbul 2024, s.179-183; Alkan ve Yıldız, s.230-235. Sosyal risk ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, *GÜHFD*, C.9, S.1-2, 2005, s.186 vd.

sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kaldıran nedenler olup, zarar görenin davranışı hem kusurlu sorumluluk hem de kusursuz sorumluluk için geçerli olurken, üçüncü kişinin davranışı sadece kusurlu sorumluluk için söz konusu olmaktadır. Ancak idarenin kusursuz sorumlu olduğu bir olayda üçüncü kişinin davranışı olayın meydana gelmesine neden olmuşsa idare zararı ödedikten sonra üçüncü kişiye karşı rücu davası açabilmektedir⁴².

Bu bilgiler ışığında AFAD'ın sorumluluğunu değerlendirmeden önce belirtelim ki, afetler sonucunda meydana gelen olaylar çok çeşitli olabileceğinden somut olayın özelliklerine göre sorumluluk da değişebilecektir. Her somut olayın koşulları dikkate alınarak her olay özelinde sorumluluk türleri ile sorumluluğu ortadan kaldıran hallerin ele alınması gerekmektedir. Bu yüzden de keskin, net bir şekilde AFAD'a sorumluluk atfedebilmek güçtür. Bununla birlikte bazı hususlar için belirlemelerde bulunabilmek mümkündür. AFAD afet yönetimiyle doğrudan ilgilendiğinden ve sorumluluğu ortadan kaldıran haller açısından mücbir sebep afetlerle ilintili olduğundan ilk bakışta yapılacak yüzeysel bir değerlendirmeyle AFAD'ın sorumsuz olacağı düşünülebilir⁴³. Ancak her afet için bu söylenemez⁴⁴. Nitekim

⁴² Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları III. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.1719-1723; Gözler ve Kaplan, s.722-729; Gözübüyük ve Tan, s.755-763; Günday, s.384-385; Yenice ve Esin, s.98 vd.; Tan ve Bayazıt, s.462-468; Sancakdar ve Diğerleri, s.860-867; Yıldırım, s.781-788; Atay, s.711-720; Çağlayan, s.682 vd.; Celal Işıklar, “Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller”, YBHD, S.1, 2019, s.130 vd.; Kutlu, s.17-19; Çınarlı ve Diğerleri, s.407-405; Bucaktepe, s.102-112; Gürer, s.100-104, 115; Tahtalı, s.145-147; Azimli Çilingir, s.187 vd.; Çolakoğlu, s.113-120; Çalışkan ve Çalışkan, s.184-185; Alkan ve Yıldız, s.235-236.

⁴³ Nitekim doktrinde Marmara Depreminden önce, depremlerin mücbir sebep kapsamında değerlendirilerek idarenin sorumluluğunun oluşmadığına yönelik kararlar verildiği ifade edilmiştir. Ancak Marmara Depreminden sonra kararların mağdurların zararlarını karşılayacak şekilde değişim gösterdiği belirtilmiştir. Bu konuda bkz. Çolakoğlu, s.115.

⁴⁴ Sıklıkla sel baskınının meydana geldiği bir bölgede yeni bir sel baskınının mücbir sebep teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Sancakdar ve Diğerleri, s.861. Ülkemizde özellikle Akdeniz ve Ege bölgesinde tsunami riskinin bulunduğu, imar planlarının buna göre hazırlanması gerektiği, somut olaya göre değişmekle birlikte idarenin taşkın sular ile selin neden olabileceği zararları önleyebilecek tedbirleri varsa bunları yerine getirmekle yükümlü

depremlerin ne zaman olacağına net bir şekilde günü ve saati belirlenemese de nerede olacağını, bir bölgede depremin meydana gelme ihtimalinin ne kadar yüksek olduğu, deprem üretme periyotlarının kaç yılda bir olduğu önceden bilinebilmektedir. Hatta bu doğrultuda deprem haritaları oluşturulmakta, deprem bölgeleri belirlenmekte, fay hatlarının bulunduğu yerler tespit edilmekte ve bu hatların oluşturabileceği depremlerin büyüklüğü hesaplanmaktadır⁴⁵. Örneğin İBB tarafından yapılan araştırmaya göre İstanbul'da olası bir 7.5 büyüklüğünde deprem meydana geldiği takdirde 48.000 binanın yıkılacağı, yolların %30'unun kapanacağı ifade edilmektedir⁴⁶. Keza İstanbul Valiliği ve AFAD tarafından hazırlanan İl Afet Risk Azaltma Planında da bazı semtlerde yolların kapanacağı ve müdahale sürecinin zorlaşacağı, 34.000 binanın hasar alacağı belirtilmiştir⁴⁷. Görüleceği üzere bu tür olası deprem

olduğu, bu durumlar için sadece mücbir sebep ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacağı yönünde bkz. Oğuz Sancakdar, “Deprem Zararlarının Azaltılmasında Mülkiyet Hakkını İlgilendiren Olası Dönüşümler, İmar ve İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirmeler”, Fasikül, S.28, 2012, s.34-36.

⁴⁵ Dolayısıyla depremin önlenmesi mümkün olmasa bile nerelerde depremin meydana geleceği öngörülerek idarece gerekli tedbirlerin alınmasıyla oluşacak zararın azaltılabilmesinin mümkün olduğu, gerekli önlemler alınmadığıdaysa idarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğunun oluşacağı yönünde bkz. Bucaktepe, s.104-105. Teknolojinin ilerlemesi, Marmara Depreminden sonra Türkiye’de oluşan duyarlılık ve bu doğrultuda hazırlanan afetlere ilişkin planlar neticesinde 6 Şubat 2023 depremlerinin mücbir sebep olarak nitelendirilmesinin güçleştiği yönünde, bkz. Şerife Yıldız Akgül, “Depremden Kaynaklanan Manevi Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, TBB, S.167, 2023, s.142-143. Depremin mücbir sebep olmadığı yönünde bkz. Turan Ateş, Deprem Hukuku, 3. Baskı, Adalet, Ankara 2023, s.484; Murat Ekinci, “İdarenin Depremden Kaynaklanan Manevi Tazminat Sorumluluğu”, İdare Hukuku ve İdari Yargılama Uluslararası Sempozyumu ISALAJ 2023, 20-23 Temmuz 2023, s.196; Gonca Kozanoğlu, “Doğal Afetlere İlişkin İdari Sorumluluğun Kendine Özgü Şartları”, İdare Hukuku ve İdari Yargılama Uluslararası Sempozyumu ISALAJ 2023, 20-23 Temmuz 2023, s.224.

⁴⁶ Açıklama için bkz. <https://depremezmin.ibb.istanbul/deprem-seferberlik-plani/>, (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

⁴⁷ Rapora göre “Bağcılar, Bahçelievler, Esenler, Gaziosmanpaşa, Kadıköy, Kağıthane, Kartal, Küçükçekmece, Maltepe, Pendik, Ümraniye ve Üsküdar ilçeleri, kalabalık ve yoğun nüfuslu ilçeler olmaları ve kapanması muhtemel yollar nedeniyle müdahale sürecinde diğer ilçelere göre fazlaca zorluk yaşanabilecek ilçeler olarak değerlendirilmiştir”. Rapor için bkz. AFAD ve

senaryosu hazırlıklarında AFAD'ın kendisi de yer almaktadır⁴⁸. Bu yüzden AFAD deprem bölgelerinde meydana gelebilecek olaylardan önceden haberdar ve bunlar için önleyici çalışmalar yürütmekte olduğundan, bu bölgelerde meydana gelen depremler sonucunda oluşan zararların sorumluluğundan mücbir sebebin varlığını ileri sürerek kurtulamayacaktır⁴⁹. Buna karşın, AFAD'ın yetkili ve görevli olduğu

T.C. İstanbul Valiliği, İstanbul İl Afet ve Risk Azaltma Planı (İRAP), https://istanbul.afad.gov.tr/kurumlar/istanbul.afad/PDF-Dosyalar/irap_istanbul.pdf, (Erişim Tarihi: 10.03.2024), s.172, 177.

⁴⁸ 4 Nolu CBK'nın m. 36 hükmünde AFAD teşkilatı bünyesinde yer alan Deprem ve Risk Azaltma Genel Müdürlüğü'nün görevli kılındığı hususlar ifade edilmiştir. Buna göre, “*Muhtemel afet ve acil durum bölgelerini tespit etmek ve önleyici tedbirleri ilan etmek*” (m. 36/1-b), “*Türlerine ve ölçeklerine göre afet tehlike ve risklerini belirlemek, haritalarını yapmak veya yaptırmak*” (m. 36/1-f), “*Depreme hazırlık ve deprem riski yönetimi esaslarını belirlemek, faaliyetlerini yürütmek*” (m. 36/1-g), “*Depremde zarara uğraması muhtemel yerler ile zarara uğramış yerlerin imar, plan ve proje işlemlerinin yürütülmesi konularında uygulanacak esasları belirlemek, takip etmek, değerlendirmek ve depremle ilgili hizmetlerin yürütülmesinde danışmanlık yapmak*” (m. 36/1-ğ), “*Ulusal, bölgesel ve yerel ölçekte deprem tehlike ve riskini belirleyebilmek için ulusal deprem gözlem ve kayıt ağı istasyonlarını kurmak ve işletmek*” (m. 36/1-i) gibi görevlerin AFAD tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir.

⁴⁹ Bölge İdare Mahkemesine yansıyan bir kararda, Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ile AFAD imar mevzuatı ve afet mevzuatı açısından sorumluluklarının bulunmadığını ileri sürmüş, ilgili belediye ise mücbir sebep kapsamında konunun değerlendirilmesi gerektiğini belirterek sorumluluğunun oluşmadığını ifade etmiştir. Bu doğrultuda da davalı idareler haklarında verilen tazminat istemine dair kararın kaldırılması gerektiğini savunmuşlardır. Mahkeme tarafından ilgili hükümler belirtildikten sonra “*Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ve Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının yukarıda yasaların verdiği çeşitli görev ve yetkileri nedeniyle deprem hassasiyeti olan bölgeye ilişkin yaşam çevrelerinin oluşturulmasını kaçınılmaz şekilde etkileyecek verilerin başında yer alan deprem afetinden korunma konusunda hukuki sorumluluk taşıdığını göstermektedir*” değerlendirmesinde bulunulmuştur. Ayrıca kararda isabetli olarak, “*Deprem kuşağında yer alan bölgede, deprem gerçeğinin bir veri alınması suretiyle yerleşmelerle ilgili alanların belirlenmesi, bu alanlardaki yapılaşmaya ilişkin kararların alınması, uygulanması ve denetlenmesiyle ilgili idari faaliyetlerin bütünündeki olumsuzluklardan oluşan idarenin "olumsuz eyleminin" bulunması durumunda, depremin mücbir sebep olarak değerlendirilerek zararlar illiyet*

konularda başka idarelerin de görev ve yetkileri bulunuyorsa sorumluluğun paylaşılması söz konusu olabilecektir⁵⁰. Örneğin yapı denetimiyle ilgili olarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ile belediyelerin de görevi bulunmaktadır⁵¹. Bu yüzden deprem sonucunda yıkılan yapıların tazminine ilişkin açılan davalarda idarelerin kusur oranının belirlenmesi için mahkemelerce bilirkişi raporu istenmektedir. Bilirkişi raporu doğrultusunda sorumluluk Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, belediyeler ve AFAD arasında paylaştırılmaktadır. Bu paylaşım sonucunda her bir idare kendisi için belirlenen kusur oranı doğrultusunda zararı tazmin etmektedir⁵². Başka bir

bağını kestiğini kabule olanak bulunmamaktadır” ifadesine yer verilmiştir. Karar için bkz. Erzurum BİM 2. İdari Dava Dairesi, T.26.12.2022, E.2022/1980, K.2022/5472, (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 09.03.2024).

⁵⁰ Afet yönetimindeki müdahale ve iyileştirme aşamalarında yürütülen idari faaliyetlere ilişkin sorunun, yasal düzenlemelerin çeşitliliğinden ve her bir düzenlemenin merkezi idare ile mahalli idareler arasında birbirinden farklı yetki ve görev bölüşümüne neden olmasından kaynaklandığı, bu nedenle mevzuatta yapılacak sadeleşmeyle bu konuda ortaya çıkacak hukuki sorunların önüne geçilebileceği yönünde bkz. Us Doğan, s.133.

⁵¹ 10 Temmuz 2018 tarih ve 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Çevre Şehircilik Bakanlığının yapı denetimine ilişkin görevlerini düzenleyen m. 97/1-f hükmü, 10 Temmuz 2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun m. 7/1-u ve m. 7/1-z bentleri ile m. 7 hükmünün ilçe belediyesinin görev ve yetkilerini açıklayan f alt bendi, 3 Temmuz 2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun m. 53 hükmü gibi hükümler bu görevlere örnek olarak gösterilebilir.

⁵² Bu konuyla ilgili bir mahkeme kararında, 23 Ekim 2011 ve 9 Kasım 2011 tarihlerinde Van'da meydana gelen depremler sonucunda dükkanları yıkılmış olan depremzedeler; Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ile Van Büyükşehir Belediye Başkanlığına karşı maddi ve manevi tazminat talebinde bulunarak dava açmış, mahkeme tarafından husumet yönünden düzeltme yapılarak davaya AFAD da dahil edilmiştir. Davada kurumların gerekli denetimi yapmadığı belirtilerek ihmalen kusurlu oldukları ancak üçüncü kişilerin de meydana gelen zararda etkileri olduğundan sorumluluğun azaldığı tespitinde bulunulmuştur. Dava sonucunda ise maddi ve manevi tazminata hükmedilmiş olup, bilirkişi raporunda belirlenen kusur oranınca tazminat kurumlar arasında pay edilmiştir. Karar için bkz. Erzurum BİM 2. İdari Dava Dairesi, T.09.12.2020, E.2019/45, K.2020/1972, (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 06.03.2024).

ifadeyle, her bir idarenin ödemesi gereken zarar, mahkeme tarafından ayrı ayrı hesap edilmekte ve idareler yalnızca kendileri için hesaplanan tutarı ödemektedir. Payına düşen miktarı ödemediğinde ilgili idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla AFAD'ın sorumluluğu oluşsa da bunun düzeyi ve buna bağlı olarak ödeyeceği miktar değişebilmektedir.

Öngörülmemiş bir afette ise AFAD'ın sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağına dikkatli irdelenmesi gerekmektedir. Öngörülemeyen deprem, sel gibi afetlerin meydana gelmesi halinde arama kurtarma faaliyetinin tüm bölge halkı için uzun bir süre yerine getirilememesi veya müdahale aşamasının koordinasyonunda büyük aksaklıklar yaşanması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda dahi AFAD'ın mücbir sebebin varlığını ileri sürerek hemen sorumluluktan kurtulamayacağını düşünmekteyiz. Öncelikle belirtelim ki, öngörülemeyen bir afete hazırlıksız yakalanılması ve buna bağlı olarak hatalar yapılması, faaliyetlerde aksamaların yaşanması tabii ki mümkündür. Buna karşın yine de AFAD'ın kuruluş amacının dikkate alınması gerekmektedir. Nihayetinde AFAD diğer idarelerden farklı olarak afetle mücadele üzere kurulmuştur. Bu yüzden mücbir sebep olarak kabul edilen olaylar, AFAD'ın kuruluş amacını teşkil etmektedir ve yürüttüğü faaliyetler bu olayların koşullarında yapılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında AFAD, öngörülemeyen afetlerde de yürütmesi gereken faaliyetleri yerine getirebilmek için çaba göstermekle mükelleftir. Dolayısıyla AFAD öngörülmemiş bir afet için, somut olayın koşullarına göre elinden gelen her şeyi yaptığını kanıtlaadığı takdirde ancak sorumluluktan kurtulabilmelidir. Belirtelim ki AFAD, il afet risk azaltma planları gibi çalışmalarla ülkemizin her bir bölgesinde meydana gelebilecek afetleri öngörmek ve bunlar için ön hazırlıklar yapmakla da görevlidir⁵³. Bu nedenle AFAD, elinden gelen her şeyi yaptığını açıklarken böyle bir afetin meydana gelebileceğini öngöremediğini de mutlaka kanıtlamalıdır. Ayrıca doktrinde de belirtildiği üzere gelişen teknolojiyle birlikte öngörülemeyen hususlar öngörülebilir hale geldiğinden genel olarak da mücbir sebebin varlığını ileri sürmek güçleşmiştir⁵⁴. Bu sebeple de

⁵³ 4 Nolu CBK'nın m. 36/1-b, m. 36/1-f, m. 37/1-ğ, m. 41/1-h ve m. 52/1-b hükümleri bu görevlere örnek gösterilebilir.

⁵⁴ Turan Yıldırım, "Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı", Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, MÜHF-HAD, C.25, S.2, 2019, s.1523; Kutlu s.21-22; Bucaktepe, s.104,119; Gürer, s.101-102; Azimli Çilingir, s.202.

öngörülemeyen bir afetin meydana gelmesi ve AFAD'ın buna dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi zor bir ihtimaldir.

Zarar gören kişinin davranışı nedeniyle idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması veya azalması söz konusu olabilmektedir. Danıştayın bir kararındaki olayda, 19 Temmuz 2013 tarihinde Hatay'da meydana gelen sel ve heyelan sonucunda davacının yakınları vefat etmiş ve davacılar idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır. Ancak mahkemece yapılan inceleme sonucunda “*bölgenin imar planının bulunmadığı, bölgeye belediye hizmetlerinin verilmediği, ayrıca davacıların yakınının hayatını kaybettiği evin tapu kaydının, yapı ruhsatının ve yapı kullanma izin belgesinin de bulunmadığı*” fark edilmiştir. Bunun üzerine “*imara açılmayan ve yayla tahsis kararı bulunmayan bölgeye davalı idarelerin hizmet getirme yükümlülüğünün bulunmadığı, izin alınmaksızın inşa edilen yapının kullanılmasının zarar gören için kusurlu davranış oluşturduğu ve bu kusurun etkisiyle meydana gelen zarar ile idari faaliyet arasında nedensellik bağı bulunmadığı*” belirtilerek davanın reddine hükmedilmiştir⁵⁵. Görüleceği üzere kararda, zarar görenin kusurlu davranışı ve idarenin yükümlülüğünün bulunmaması beraber dikkate alınmıştır. Sonuç olarak da idarenin zarardan sorumlu olmadığına karar verilmiştir. Eğer olaydaki ruhsatsız yapı idarenin denetimi altında olan bir bölgede olsaydı, bu sefer “*denetim ve kontrollerin yeterince yapılmaması ve görevin gereği gibi yerine getirilmemesi*” nedeniyle hem zarar görenin hem de idarenin zarardan sorumlu olduğuna karar verilmesi gerekecekti⁵⁶. Bu yüzden zarar görenin kusurlu bir davranışının varlığı tespit edildiğinde idarenin sorumluluğunda azalma olacak, idarenin yükümlülüklerini yerine getirdiği veya karardaki olayda olduğu gibi yükümlülüğünün bulunmadığı belirlendiğinde ise sorumluluğu hiç oluşmayacaktır.

Üçüncü kişinin davranışıyla meydana gelen zararlarda da idarenin sorumluluğunun azalması veya ortadan kalkması mümkündür. Danıştayın Marmara Depremiyle ilgili aldığı bir kararında, depremde yıkılan binaya ait bağımsız bölümün maliki olan davacı maddi tazminat talebinde bulunmuş, bilirkişi raporunda davanın tarafı olmayan arsa

⁵⁵ D10D, T.21.06.2021, E.2016/12354, K.2021/3470, (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 11.03.2024).

⁵⁶ DİDDK, T.13.05.2015, E.2013/2411, K.2015/1784, (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 16.03.2024).

sahibinin %50 oranında sorumluluğu olduğu tespit edilmiş, diğer %50 oranındaki sorumluluk ise ilgili idarelere pay edilmiştir⁵⁷. Danıştayın Marmara Depremiyle ilgili başka bir kararındaki olayda da inşaat, onaylı projeye uygun yapılmaya başlanmış, daha sonra ruhsata aykırı olarak tamamlanmıştır. Henüz iskan edilmeden deprem olmuş ve zarar meydana gelmiştir. Danıştay isabetli olarak bu olayda idarenin değil, inşaat sahiplerinin eylemi sonucunda zararda artışın meydana geldiğini belirterek idare tarafından tazmini gereken maddi ve manevi bir zararın bulunmadığına hükmetmiştir⁵⁸. Görüleceği üzere zararın tazminine ilişkin yapılan incelemelerde yapı denetimi gibi idarenin faaliyetlerinden doğan kusurun yanı sıra idarenin dışındaki kişilerin kusurları da dikkate alınmaktadır. Bu nedenle oluşan zararda sadece idarenin değil, diğer kişilerin de kusur oranları tespit edilmektedir. Diğer kişilerin kusuru bulunduğu takdirde idare tüm zararı gidermek yerine yalnızca kendisi için belirlenen kusur oranında zararı karşılamaktadır⁵⁹. Bu bağlamda AFAD'ın görevli olduğu konularda zarar gören kişinin veya üçüncü kişinin davranışı nedeniyle sorumluluğunun az veya hiç olmadığını ileri sürerek savunmada bulunabilmesi mümkündür.

Sorumluluğu ortadan kaldıran haller açısından değerlendirmelerimizden de anlaşılacağı üzere AFAD'ın sorumluluğu genellikle kusursuz sorumluluktan ziyade kusura dayalı sorumluluktan kaynaklanmaktadır. Görevi ve yetkisinin bulunduğu, örneğin barınma, yiyecek giyecek yardımı, arama kurtarma faaliyetleri, imar planlarının esaslarını belirleme⁶⁰, yapı sağlığını izleme ve değerlendirme, yaralılara tıbbi yardım yapılmasını sağlama, bunlar için gerekli koordinasyonu

⁵⁷ D14D, T.14.02.2018, E.2017/4141, K.2018/587, (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 11.03.2024).

⁵⁸ DİDDK, T.17.12.2009, E.2008/11, K.2009/3108, (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 16.03.2024). Ayrıca bkz. Bucaktepe, s.109-110.

⁵⁹ Zararın özel hukuk kişileri ile idareler arasında paylaşılması yerine, sadece ilgili idareler arasında paylaşılarak tüm zararın idare tarafından ödenmesinin sağlanması, sonrasında idarenin özel hukuk kişilerine rücu etmesi esasının benimsenmesinin daha yerinde olacağı yönünde bkz. Ali D. Ulusoy, "Depremden Dolayı Devlet Kurumlarının Mali Sorumluluğu", T24, 22.02.2023, <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/depremden-dolayi-devlet-kurumlarinin-mali-sorumlulugu.38818>, (Erişim Tarihi: 26.03.2024).

⁶⁰ AFAD'ın imara ilişkin görevleri için bkz. Tahir Muratoğlu, Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s.83-84.

oluşturma gibi konularda hizmetin hiç veya geç ya da kötü bir şekilde yerine getirilmesine neden olduğu takdirde AFAD'a karşı idari yargıda maddi ve manevi tazminat davaları açılacaktır⁶¹.

V. SONUÇ

Ülkemizde deprem, sel gibi doğa olayları sıklıkla yaşanmakta ve bu olayların oluşturduğu yıkım ile zararlar bölge halkının tek başına durumun üstesinden gelmesini imkansız hale getirebilmektedir. Böylesi olaylara AFAD'ın da sözlüğünde yer verildiği üzere afet denilmektedir. Teşkilat yapımızda afetlerle mücadelede başlıca yetkili kurum AFAD olup, afet yönetimini sağlamakla görevli kılınmıştır. Afet yönetimi dört aşamadan oluşmaktadır. Bu aşamalar zarar azaltma, hazırlık, müdahale ve iyileştirme aşaması olarak adlandırılmaktadır. Zarar azaltma aşaması afet meydana geldiğinde yıkılabilecek yapıların afet öncesinden tespiti gibi önlemleri; hazırlık aşaması olası afetler için halka eğitim verilmesi, ekipman temininin afet öncesinden sağlanması gibi ön hazırlıkları içermektedir. Bu iki aşama afet öncesindeki aşamaları oluşturmaktadır. Müdahale aşaması ve iyileştirme aşaması ise afet sonrasındaki aşamalarıdır. Müdahale aşaması içerisinde, geçici barınma alanlarının oluşturulması, yiyecek, içecek, giyecek ve yakacak temini gibi afet sonrasında hemen yapılması gerekli unsurları; iyileştirme aşaması ise afet öncesindeki durumdan daha da güvenli olacak şekilde bir yaşamın sağlanması için gerekli çabaları barındırmaktadır. Bu dört aşamanın etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi iyi bir koordinasyonu gerektirmektedir. İşte ülkemiz teşkilat yapısında da AFAD bu görevleri yerine getirmekle ve afet yönetiminde yer alacak birimlerin koordinasyonunu sağlamakla yetkilendirilmiştir. Hem merkez hem de taşra yapılanmasına sahip AFAD, 7 gün 24 saat çalışma esasına dayanmaktadır.

Kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan AFAD'a karşı 659 sayılı KHK uyarınca dava açılabilmesi mümkündür. Zira AFAD'ın sahip

⁶¹ 6 Şubat 2023 depremlerinde AFAD'ın yasal tedbirleri almayarak denetim ve kontrol görevlerini yerine getirmemesi ve depremden sonra arama kurtarma faaliyetlerindeki gecikme ve ihmaller sebebiyle can kayıplarının yaşandığı, bu nedenle de hizmet kusurunun olduğu yönünde bkz. Yaşar Şatıroğlu, s.262-263. AFAD'ın görevli olduğu konularda başka idarelerin de görevleri bulunabilmektedir. Diğer idareler ve sorumlulukları için bkz. Kutlu, s.25; Bucaktepe, s.114-117; Çolakoğlu, s.36-47.

olduğu görev ve yetkiler aynı zamanda kendisinin sorumlu olduğu konuları oluşturmaktadır. Ayrıca 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen depremler sonucunda 7269 sayılı Kanunun geçici m. 27/1 hükmü ile afet yönetimindeki görevlerinin yanı sıra hak sahipliğini belirlemede de yetkili kılınmıştır. Özellikle AFAD'ın ülke teşkilatlanma yapısında yer almasıyla birlikte hak sahiplerinin belirlenmesi ve incelenmesi konusunda, 7269 sayılı Kanun ve Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkındaki Yönetmelik hükümlerinden farklı bir uygulamaya geçildiği görülmektedir. Hak sahipliğinin tespitine ilişkin komisyonlarda AFAD personelinin de yer aldığı, AFAD'ın komisyon kararlarını onadığı ve 7269 sayılı Kanunun geçici m. 27/1 hükmünde de hak sahipliğinin belirlenmesi süreciyle AFAD'ın ilgilenmesinin istendiği gözlemlenmektedir. Bu durum nihai karar merci olarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığını belirleyen Yönetmelik hükümleri ile uyuma göstermemekte ve özellikle komisyon kararlarına karşı idari yargıda açılacak iptal davalarında husumetin kime yöneltilmesi gerektiğine dair problem oluşturmaktadır. Bu yüzden Yönetmelik hükümlerinin gözden geçirilmesinde fayda olup, 7269 sayılı Kanunda da geçici madde yerine kalıcı bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Diğer yandan bir olayın afet olarak nitelendirilmesinde 4 Nolu CBK hükümleri uyarınca İçişleri Bakanına, 7269 sayılı Kanun uyarınca da Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına yetki verilmiştir. Böylece iki farklı bakanlığın aynı olay hakkında farklı değerlendirmelerde bulunmasının önü açılmıştır. Bu yönden de 4 Nolu CBK ile 7269 sayılı Kanun hükümlerinin örtüşmesini sağlayacak değişiklikler yapılması gerekmektedir.

AFAD'ın somut olaya göre değişmekle birlikte afetler sonucunda meydana gelen zararlardan da sorumluluğu bulunmaktadır. Zira AFAD, barınma, beslenme, yiyecek, giyecek sağlama, tedavi gibi afet sonrasında duyulan ihtiyaçları karşılamak; zarara uğraması muhtemel yerlerin plan, proje ve imar esaslarını belirlemek, yapı sağlığı izleme ve değerlendirme merkezleri ile erken uyarı ve haberleşme merkezleri kurmak, arama kurtarma çalışmaları yürütmek gibi önemli faaliyetleri yerine getirmekle ve bunların koordinasyonunu sağlamakla yükümlüdür. AFAD bu yükümlülüklerini olması gerektiği gibi yerine getiremediğinde, deprem, sel vb. afetlerin yaşandığı veya yaşanacağı bilinen yerlerde mücbir sebebin varlığını ileri sürerek bu sorumluluktan kurtulamayacaktır. Öngörülemeyen afetlerde de AFAD'ın zararın oluşmaması için elinden gelen her şeyi yaptığını ve önceden böyle bir afetin olabileceğini öngöremediğini ispatlaması gerekecektir. Günümüz koşullarında ise

teknolojinin ilerlemesi, il afet risk azaltma planlarının oluşturulması gibi çalışmalar bu savunmayı yapmayı bir hayli zorlaştırmıştır. Zararın, üçüncü kişinin davranışı veya zarar görenin davranışı nedeniyle oluşması sonucunda ise AFAD'ın sorumluluğu ya azalacak ya da tümden ortadan kalkabilecektir. Ayrıca AFAD'ın sorumlu olduğu konularda belediyeler, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı gibi başka idarelerin de sorumluluğu mevcut olabilmektedir. Böyle durumlarda da AFAD, sorumluluğu diğer idarelerle paylaşacaktır.

Sonuç olarak, AFAD'ın afet öncesinde ve sonrasında olmak üzere afet yönetiminin tüm aşamalarında çeşitli görevleri bulunmaktadır. Bu yüzden afet dolayısıyla açılacak davalarda husumetin yöneltmesi gereken idarelerin arasında AFAD da yer almaktadır. Uygulamada hatalı olarak davacılar tarafından AFAD husumetli olarak gösterilmediğinde idare mahkemeleri tarafından bunun düzeltilmesi yapılmaktadır. Ancak mahkeme tarafından husumetin eksik veya yanlış gösterildiği fark edilmeyerek dava yanlış davalıyla neticelenirse, bu durumun mahkeme kararının bozulmasına neden olacağı da unutulmamalıdır. Bu sebeple AFAD'ın sorumluluğunun söz konusu olduğu konularda husumetli olarak gösterilmesine dikkat edilmelidir.

KAYNAKÇA

- AFAD: 2022 Yılı Doğa Kaynaklı Olay İstatistikleri, https://www.afad.gov.tr/kurumlar/afad.gov.tr/e_Kutuphane/Istatis_tikler/2022-Yili-Doga-Kaynakli-Olay-Istatis_tikleri.pdf, (Erişim Tarihi: 26.12.2023).
- AFAD: 2023 Yılı Kurumsal Mali Durum ve Beklentiler Raporu, Temmuz 2023.
- AFAD, T.C. İstanbul Valiliği: İstanbul İl Afet ve Risk Azaltma Planı (İRAP), https://istanbul.afad.gov.tr/kurumlar/istanbul.afad/PDF-Dosyalar/irap_istanbul.pdf, (Erişim Tarihi: 10.03.2024).
- AKTEL, Mehmet: “5902 Sayılı Yasa ile Türkiye’de Afet Yönetiminde Oluşan Değişim”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.27, 2010, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/55629>, (Erişim Tarihi: 12.03.2024), s.1-9.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, GÜHFD, C.9, S.1-2, 2005, s.185-211.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA: Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş, Ankara 2021.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA: Türk İdari Yargılama Hukuku, 5. Baskı, Savaş, Ankara 2021.
- ALKAN, Ömer Can, Ahmet YILDIZ: “İdare Hukuku Açısından Deprem”, Deprem Hukuku Başvuru Kitabı, Seçkin, Ankara 2023.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan, Ankara 2021.
- ATEŞ, Turan: Deprem Hukuku, 3. Baskı, Adalet, Ankara 2023.
- AYAYDIN, Dilhun: “Deprem Nedeniyle Ortaya Çıkan Zararlarda İdarenin Sorumluluğu’nun Özel Hukuk Sorumluluğu’ndan Ayırıştırılması”, Deprem Dolayısıyla Ortaya Çıkan Güncel Hukuki Sorunlar Sempozyumu, 30 Mayıs 2023, s.171-187.
- AZİMLİ ÇİLİNGİR, Gülcan: Türkiye’de Afet Yönetimi ve İdarenin Sorumluluğu, Adalet, Ankara 2023.
- BUCAKTEPE, Adil: “Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, DÜHFD, C.17-18, S.26-27-28-29, 2012-2013, s.93-122.

- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Adalet, Ankara 2021.
- ÇALIŞKAN, Suat, Emre Cem ÇALIŞKAN: Depremden Doğan Sorumluluk, Platon, İstanbul 2024.
- ÇINARLI, Serkan, Ezgi AVCIOĞLU AKSOY, Hüseyin BİLGİN, Mehpere ÇAPTUĞ DİLEK: Yargı Kararları Işığında Afetlerden Kaynaklanan İdari Davalar, Adalet, Ankara 2023.
- ÇOLAKOĞLU, Melike: İdari Yargı Kararları Kapsamında Deprem Nedeniyle İdarenin Kusur Sorumluluğu, Adalet, Ankara 2023.
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- EKİNCİ, Murat: “İdarenin Depremden Kaynaklanan Manevi Tazminat Sorumluluğu”, İdare Hukuku ve İdari Yargılama Uluslararası Sempozyumu ISALAJ 2023, 20-23 Temmuz 2023, s.195-198.
- ERSÖZ, A. Kürşat: “7269 Sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un ve Bu Kanun Kapsamındaki Hak Sahipliği Kurumunun Türk İdare Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İnÜHFD, C.14, S.2, 2023, s.486-499.
- GÖZLER, Kemal: Mahalli İdareler Hukuku, Ekin, Bursa 2018.
- GÖZLER, Kemal, Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, 23. Baskı, Ekin, Bursa 2021.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Turgut TAN: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 14. Baskı, Turhan, Ankara 2021.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj, Ankara 2015.
- GÜRER, Onur: “İdarenin Depremden Doğan Sorumluluğu ve 2023 Kahramanmaraş Depremi”, Depremi Özel Hukuk ve Kamu Hukuku Açılımlarından Değerlendirilmesi, 9 Mart 2023, s.97-118.
- HARRISON, Sara E., Peter A. JOHNSON: “Crowdsourcing the Disaster Management Cycle”, International Journal of Information Systems for Crisis Response and Management, C.8, S.4, 2016, s.17-40.
- HUGHEY, Erin P., Heather M. BELL: “A Model of Community Response: Institutional Structures and Effective Disaster

- Management”, Risk, Hazards & Crisis in Public Policy, C.3, S.2, 2012, s.1-17.
- IŞIKLAR, Celal: “Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller”, YBHD, S.1, 2019, s.115-158.
- KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri Cilt - I, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.
- KAPLAN, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Ekin, Bursa 2022.
- KAYNAK, Özge: “İdari Yargıda Deprem Sonrası Hasar Tespit İşlemine Dayanan Hak Sahipliği Davaları”, İdare Hukuku ve İdari Yargılama Uluslararası Sempozyumu ISALAJ 2023, 20-23 Temmuz 2023, s.267-271.
- KOZANOĞLU, Gonca: “Doğal Afetlere İlişkin İdari Sorumluluğun Kendine Özgü Şartları”, İdare Hukuku ve İdari Yargılama Uluslararası Sempozyumu ISALAJ 2023, 20-23 Temmuz 2023, s.223-227.
- KUTLU, Meltem: “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, Amme İdaresi Dergisi, C.32, S.4, 1999, s.15-27.
- MURATOĞLU, Tahir: Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2021.
- OLORUNTOBA, Richard, Ramaswami SRIDHARAN, Graydon DAVISON: “A Proposed Framework of Key Activities and Processes in The Preparedness and Recovery Phases of Disaster Management”, Disasters, C.42, S.3, 2018, s.541-570.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları III. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- SANCAKDAR, Oğuz: “Deprem Zararlarının Azaltılmasında Mülkiyet Hakkını İlgilendiren Olası Dönüşümler, İmar ve İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirmeler”, Fasikül, S.28, 2012, s.6-38.
- SANCAKDAR, Oğuz, Lale Burcu ÖNÜT, Eser US DOĞAN, Mine KASAPOĞLU TURHAN, Serkan SEYHAN: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2021.

- SEZER, Özcan, Şevin TOZBEY: “Türkiye’de Afet Yönetiminin Merkezi ve Yerel Düzeyde Örgütlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, İSMUS, C.8, S.1, 2023, s.79-102.
- TAHTALI, Murat Buğra: Merkezi ve Yerinden Yönetimlerin Deprem Afeti Riskine Karşı Yapı Denetim ve Kentsel Dönüşümdeki Yükümlülükleri, Adalet, Ankara 2023.
- TAN, Turgut, Bahar BAYAZIT: İdare Hukuku, 10. Baskı, Turhan, Ankara 2021.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı: 2023 Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Raporu, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/03/2023-Kahramanmaras-ve-Hatay-Depremleri-Raporu.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.12.2023).
- ULUSOY, Ali D.: “Depremden Dolayı Devlet Kurumlarının Mali Sorumluluğu”, T24, 22.02.2023, <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/depremden-dolayi-devlet-kurumlarinin-mali-sorumlulugu.38818>, (Erişim Tarihi: 26.03.2024).
- ULUSOY, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2021.
- US DOĞAN, Eser: “Bütünleşik Afet Yönetimi Sisteminde İdarenin Afet Sonrası Görevleri ve Güncel Sorunlar”, Deprem Dolayısıyla Ortaya Çıkan Güncel Hukuki Sorunlar Sempozyumu, 30 Mayıs 2023, s.113-135.
- YAŞAR ŞATIROĞLU, Pınar: “Doğal Afetlerde Hak Sahipliği Kavramının Danıştay Kararları Işığında Açıklanması ve İdarenin Kusur Sorumluluğu Açısından Kavramın Değerlendirilmesi”, ABD, C.81, Deprem Özel Sayısı-I (Kamu Hukuku), 2023, s.241-267.
- YENİCE, Kâzım, Yüksel ESİN: Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık ve Ambalaj Sanayii, Ankara 1983.
- YILDIRIM, Ramazan, Serkan ÇINARLI: Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: I, 7. Baskı, Adalet, Ankara 2021.

Murathan YARDIMCIOĞLU

YILDIRIM, Turan: “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, MÜHF-HAD, C.25, S.2, 2019, s.1520-1538.

YILDIRIM, Turan: İdare Hukuku, (Ed. Turan YILDIRIM), 8. Baskı, Onikilevha, İstanbul 2021.

YILDIZ AKGÜL, Şerife: “Depremden Kaynaklanan Manevi Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, TBBD, S.167, 2023, s.133-176.

<https://afad.gov.tr/afad-hakkinda>

<https://depremezmin.ibb.istanbul/deprem-seferberlik-plani/>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>

<https://www.afad.gov.tr/afadem/insan-kaynakli-afetler>

<https://www.icisleri.gov.tr/icisleri-bakanimiz-sayin-ali-yerlikaya-afet-ve-acil-durum-yonetimi-merkezinde-aciklamalarda-bulundu>.

ÖZEL HUKUK

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU KAPSAMINDA ORTAYA ÇIKAN UYUŞMAZLIKLARIN MEDENİ USUL HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Serkan KAYA*

Emrullah KERVANKIRAN**

ÖZ

Fikri mülkiyet hakları, eser sahibinin mali ve manevi haklarını içerir ve genellikle geleneksel mülkiyet kavramından farklıdır. Bu hakların ihlali, hukuka aykırı bir durum oluşturur ve bu durumda ihlal edilen hak sahibi ile ihlal eden arasında bir sözleşme yoksa, haksız fiil hükümleri devreye girer. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK), eserin ve eser sahibinin haklarının ihlali durumunda özel bir düzenleme getirerek, bu tür ihtilafların çözümü için belirli bir çerçeve sunar. Bu bağlamda, hak sahipleri çeşitli taleplerde bulunabilir, bunlar arasında tecavüzün durdurulması, önlenmesi, maddi ve manevi tazminat davaları ile kazancın devri davaları yer alır. Bu çalışma, bu taleplerin FSEK kapsamındaki

* Dr. Öğr. Üyesi, Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: serkan.kaya@bogazici.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2507-3372.

** Doç. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: emrullah.kervankiran@medeniyet.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3704-7887.

Makalenin Gönderim Tarihi : 21.10.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 30.05.2024.

ihtilafların hukuki niteliğini tartışmakta ve medeni usul hukuku perspektifinden nasıl ele alınması gerektiğini incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: FSEK, ihtiyati tedbir, tecavüzün menî, tecavüzün ref'i, zorunlu arabuluculuk.

THE EVALUATION OF DISPUTES ARISING WITHIN THE SCOPE OF THE LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS FROM THE PERSPECTIVE OF CIVIL PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

Intellectual property rights encompass the financial and moral rights of the creator and are generally distinct from the traditional concept of property rights. The violation of these rights constitutes an unlawful situation, and in the absence of a contract between the violated rights holder and the infringer, tort law provisions come into play. The Law on Intellectual and Artistic Works (FSEK) introduces a specific regulation in cases of infringement of the work and the rights of the creator, thereby providing a framework for the resolution of such disputes. In this context, rights holders may make various claims, including requests for the cessation and prevention of infringement, claims for material and moral damages, and actions for the transfer of earnings. This study discusses the legal nature of these claims in disputes within the scope of FSEK and examines how they should be approached from the perspective of civil procedural law.

Keywords: FSEK, precautionary measures, cessation of infringement, restoration of infringement, mandatory mediation.

I. GİRİŞ

Fikri mülkiyet hukukunda eser üzerinde sahibinin mali ve manevi hakları bulunmaktadır. Maddî varlığa sahip olmadığı için klasik eşya mülkiyetine konu olmayan bu haklar, mutlak haklardan olup, herkese karşı ileri sürülebilirler¹. Eser sahibinin mali ve manevi haklarının ihlal

¹ TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 6, 7.

edilmesi başlı başına bir hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Hukuk sistemimizde, bir hakkın ihlali durumunda, ihlal edilen hak sahibi ile ihlal eden arasında bir sözleşme varsa, bu sözleşmenin hükümleri uygulanır (TBK 1-48). Ancak böyle bir sözleşme yoksa, genellikle haksız fiil hükümleri devreye girer (TBK 49-76). Eser veya hak sahipliğinden kaynaklanan hakların, sahibinin veya hak sahibinin izni olmaksızın kullanılması veya ihlal edilmesi durumunda, bu tür bir ihlal genellikle hukukumuzda bir haksız fiil olarak kabul edilir². Haksız fiil sorumluluğu genellikle kusura dayanır ve zararın oluşması gereklidir, ancak korunan hakların niteliğine bağlı olarak, bazı durumlarda kusura dayanmayan ve zarar şartı olmayan sorumluluk da öngörülebilmektedir³. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)⁴, eserin ve eser sahibinin haklarının ihlali durumunda özel bir düzenleme getirmiştir⁵. Bu nedenle, FSEK kapsamındaki hak ihlallerinde öncelikle FSEK hükümlerine başvurulması gerekmektedir⁶.

FSEK ile korunan mali ve manevi haklardan birinin ihlal edilmesi ya da ihlal tehdidi ile karşı karşıya kalması halinde, hak sahibinin dava yolu ile ileri sürebileceği çeşitli talepler söz konusudur. Bu bağlamda, hak sahipleri somut olayda ihlalin niteliğine göre, tecavüzün durdurulması (ref'i), tecavüzün önlenmesi (men), maddi ve manevi tazminat davaları ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan kazancın devri davalarını açabilirler. Bu davalar çoğu zaman birlikte açılabilir⁷. Bu çalışma FSEK kapsamındaki ihlallerin hukuki

² BOZBEL, Savaş: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 549.

³ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 582-689.

⁴ RG 13.12.1951, 7981.

⁵ FSEK'in belirli konuları özel olarak düzenlemediği durumlarda, genel olarak Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri burada uygulanacaktır. Örneğin, FSEK, eser sahibinin haklarının ihlali durumunda zamanasımı konusunu özel olarak düzenlemediğinden, Borçlar Kanunu'nun zamanasımıyla ilgili hükümleri uygulanacaktır.

⁶ KILIÇOĞLU, Ahmet: "Fikri Hakların İhlali Halinde Hukuksal Koruma Yolları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 2004, s. 57.

⁷ YAVUZ, Levent/ALICA, Türkay/MERDİVAN, Fethi: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt II, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1881; EREL, Şafak N: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 345; ŞAHİN, Ayşenur: Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 183.

niteliğini ve bu kapsamda ortaya çıkacak muhtemel uyuşmazlıkları medeni usul hukuku açısından ele almaktadır.

II. FİKRİ MÜLKİYET HAKKI İHLALLERİNDE AÇABİLECEK HUKUK DAVALARI

A. Tecavüzün Ref'i Davası

Tecavüzün ref'i davası, FSEK 66- 68 maddeler arasında düzenlenen maddi hukuk kökenli bir eda davasıdır⁸. Bu dava, FSEK m. 66-67'de düzenlenen manevi haklara, FSEK m. 66, 68'de yer verilmiş olan mali haklara ve nihayet FSEK m. 80/son fıkrada düzenlenmiş olan bağlantılı haklara yönelik tecavüzler söz konusu olduğunda açılabilir. Anılan her üç hak türü için de bu davanın açılabilmesi, davanın hukukî niteliğini değiştirmez; ancak ihlal edilen hakkın türüne göre ileri sürülebilecek talepler değişebilir⁹.

Kişilik ve mülkiyet haklarının ihlalinde olduğu gibi, mali ve manevi hakların ihlali durumunda da hak sahibine tecavüzün ref'i davası açma hakkı Kanun tarafından açıkça verilmiştir (FSEK m. 66/1)¹⁰. Saldırının durdurulması davası, mali hakları ihlal edilen kişinin, başlamış ve devam eden ihlal eylemini durdurmasına ve sonuçlarını ortadan kaldırmasına olanak sağlar¹¹. Buna göre, tecavüzün ref'i davası, ihlal öncesi duruma geri dönülmesini amaçlar¹². Bu bağlamda, saldırganın bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlanması mümkündür¹³. Tecavüzün ref'i davası, mevcut hukuksuzluğu ortadan kaldırmalı ve gelecekteki ihlalleri engelleyebilmelidir¹⁴. Örneğin, hukuka aykırı durumun ortadan

⁸ YAVUZ/ALICA/MERDİVAN: s. 1969; DEMİRBAŞ, Ali: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 73; YILMAZTEKİN, Hasan Kadir: "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği ile Bunların Tecavüz Davaları Bağlamında Davacı Sifatına Etkileri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.2, S. 65, 2020, s. 506.

⁹ DEMİRBAŞ: s. 73 vd.; YILMAZTEKİN: s. 506.

¹⁰ DEMİRBAŞ: s. 61-62

¹¹ DEMİRBAŞ: s. 62.

¹² DEMİRBAŞ: s. 62.

¹³ DEMİRBAŞ: s. 62.

¹⁴ DEMİRBAŞ: s. 62.

kaldırılması hem mevcut ihlallerin etkisiz hale getirilmesini hem de gelecekteki ihlallerin önlenmesini sağlar¹⁵.

Tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için öncelikle FSEK' in koruma kapsamında olan mali ve manevi nitelikteki bir hakka yönelik başlamış ve sürmekte olan bir tecavüzün söz konusu olması gerekir. Tecavüz, sözleşme harici sorumluluk hukukunda haksız fiil olarak nitelendirilmektedir¹⁶. Tecavüzün ref'i davasından beklenen yarar, mali ve manevi haklara yönelmiş olan haksız fiile son verilmesidir. Fikri hukukta tecavüzün ref 'i davasının konusunu FSEK'in koruması altında olan manevi ve mali haklar oluşturmaktadır. Tecavüzün ref'i davası ile başlamış ve devam etmekte olan bir tecavüze engel olunarak, ortaya çıkan hukuka aykırılığın sonucunun giderilmesi amaçlanmaktadır¹⁷. Bu bakımdan, mezkûr haklara saldırının henüz başlamadığı ya da başlamış olan saldırının sona ermiş olduğu hallerde artık bu dava yoluna başvurulamaz. Zira artık bu hallerde artık ref'i gereken bir eylem bulunmamaktadır.

Tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için, tecavüzde bulunan kişinin kusurlu olması ya da hak sahibinin bir zarara uğramış olması gerekmez¹⁸. Bu durum, tecavüzün ref'i davasını, maddi tazminat davasından ayırmaktadır. Bu dava ile sadece mali ve manevi haklara vaki tecavüzlerin sona erdirilmesi değil, aynı zamanda eski halin iadesinin sağlanması da hedeflendiği için, bu davanın açılması ile hukuka aykırı olan ihlalin ortadan kaldırılması suretiyle herhangi bir zararın meydana gelmemesi, zarar meydana gelmiş ise daha fazla artmasının önüne geçilmiş olur¹⁹.

Diğer taraftan, her ne kadar FSEK m. 66/1'de ref davasının eserden doğan mali ve manevi haklara yönelik tecavüzlere karşı açılabilirliğinden bahsedilmekte ise de FSEK m. 80 son fıkrada bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi halinde, diğer hukuk davalarıyla

¹⁵ DEMİRBAŞ: s. 62.

¹⁶ ATEŞ, Mustafa: "Fikir ve Sanat Eseri Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüzün Ref'i", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 8, S. 2, 2022, s. 340.

¹⁷ ATEŞ: s. 339; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN: s. 1970; KILIÇOĞLU, Ahmet: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitapevi, Ankara, 2017, s. 397.

¹⁸ YAVUZ/ALICA/MERDİVAN: s. 1976; DEMİRBAŞ: s. 79.

¹⁹ KILIÇOĞLU: s. 399; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN: s. 1976.

birlikte tecavüzün ref 'i davasının da açılacağı hüküm altına alınmıştır.

Tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi bakımından bir diğer şart ise tecavüzü oluşturan fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılık, hukukun uygun bulmadığı bir fiil ile başkasının hukukun koruması altında bulunan bir hakkının ihlal edilmesidir. Haksız fiil bağlamında ilk akla gelen sorumluluk türü kusura dayanan sorumluluktur. Fikri mülkiyet haklarına tecavüz halinde açılacak tazminat davaları kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun özel görünümüdür.

Nihayet bu davanın açılabilme şartlarından birisi de illiyet bağıdır²⁰. İlliyet bağı, hukuki sorumluluğun kurucu unsuru olup hem kusura dayanan hem de kusursuz sorumlulukta illiyet bağının varlığı zorunludur. Men ve ref davalarında kusuru gerektirmeyen bir sorumluluk söz konusudur²¹. Bu bakımdan bu davalarda illiyet bağı kurucu bir işleve sahiptir. Kişinin, hukuka aykırı bir eylemi olmasa dahi, ortaya çıkan sonuç ile davranışı arasında bir sebep-sonuç ilişkisi kurulabiliyorsa, sorumluluğuna gidilebilir. Burada kastedilen zararlı sonuç, mevcut bir mali veya manevi hakkı ihlal eden ve 'tecavüz' olarak nitelendirilebilecek olan, başlamış ve devam eden bir müdahaledir. İlliyet bağı hem sorumluluğun oluşmasını hem de sınırlanmasını sağlayan bir fonksiyona sahip olduğu için, failin hareketi ile zararlı sonuç arasında illiyet bağı kurulamaz veya bu bağda bir şekilde kopma meydana gelmiş ise, artık fail bundan sorumlu tutulamayacaktır.

Tecavüzün ref 'i davası, bir kusurun varlığına veya herhangi bir zararın meydana gelmiş olması şartına bağlı değildir²². Bu davanın açılabilmesi için davalının, bilerek ve isteyerek bir eylem icra etmesi veya kendisinden beklenen özeni göstermemesinden kaynaklanan bir davranışta bulunmuş olması gerekmez. Tecavüzün meydana gelmesinde davalının kastı veya ihmali bulunmasa bile, bu dava açılabilir.

FSEK' te ihlal edilen hakkın mahiyetine göre bu davaya farklı hüküm ve sonuçlar bağlanmıştır. Buna göre, tecavüzün ref'i yöntemleri genel (FSEK m. 66/4) ve özel şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuş, özel

²⁰ YAVUZ/ALICA/MERDİVAN: s. 1976; ATEŞ: s. 342.

²¹ ATEŞ: s. 342.

²² KILIÇOĞLU: s. 395- 396; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN: s. 1976; DEMİRBAŞ: s. 79.

ref yöntemleri de manevî haklara (FSEK m. 67) ve malî haklara tecavüz bakımından (FSEK m. 68) ayrı ayrı düzenlenmiştir.

FSEK m. 66/4'e göre, tecavüzün varlığı hâlinde mahkeme, eser sahibinin manevi ve mali haklarını, tecavüzün varlığını ve kapsamını, tecavüz fiilinden sorumlu olanların kusurunun bulunup bulunmadığını ve varsa ağırlık derecesini, tecavüzün durdurulması hâlinde tecavüz edenin karşılaşacağı muhtemel zararları takdir ederek gerekli tedbirleri alır. Bu meyanda, tecavüze konu olan internet yayınının veya televizyon yayınının bir süre için durdurulması, çoğaltılmış eser nüshalarının toplatılması, izinsiz olarak dikilen heykelin bulunduğu meydandan veya yağlıboya tablonun sergilendiği müzeden kaldırılması, genel ref yöntemlerine örnek teşkil etmektedir²³.

B. Tecavüzün Men'i Davası

Tecavüzün men'i davası, FSEK'te düzenlenen maddi hukuka dayanan bir eda davasıdır (FSEK m. 69/1). Eser sahibi, tecavüzün men'i davasıyla, mali ve manevi hakları ile bağlantılı haklarına yönelik tecavüz tehlikesine maruz kaldığı bir durumda, mahkemeden, muhtemel tecavüzün önlenmesini talep etmektedir. Böylece, eser sahibinin anılan haklarına yönelik ihlalin devam etme ya da tekrarlanma ihtimali bulunan hâllerde de muhtemel bir saldırının önlenmesini dava etme imkânı tanınmıştır (FSEK m. 69/1)²⁴.

Tecavüzün men'i davası iki durumda açılır. Birincisinde, tecavüz henüz meydana gelmemiş ise de gerçekleşme tehlikesi söz konusudur (FSEK m. 69/1/c.1)²⁵. İkinci hâlde ise, başlamış ve sonuçlanmış bir tecavüz eyleminin tekrarlanma ihtimali bulunmaktadır (FSEK m. 69/1/c.2)²⁶. Başlamış olan bir tecavüz hala devam ediyorsa, tecavüzün ref'i ve men'i davaları birlikte açılabilir²⁷. Zira bu gibi hallerde her iki davanın da açılabilme şartları sağlanmış olur. Tecavüzün ref'i davasıyla tecavüzün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılması, tecavüzün men'i

²³ TEKİNALP: § 20, N. 28; DEMİRBAŞ: s. 80- 81.

²⁴ DEMİRBAŞ: s. 141; YILMAZTEKİN: s. 507.

²⁵ DEMİRBAŞ: s. 152- 153; TEKİNALP: § 20, N. 77; YILMAZTEKİN: s. 507.

²⁶ TEKİNALP: § 20, N. 77; YILMAZTEKİN: s. 507; DEMİRBAŞ: s. 153.

²⁷ TEKİNALP: § 20, N. 78; DEMİRBAŞ: s. 153- 154.

davasıyla ise, tecavüzün devam ve tekrarı ya da tecavüz tehlikesinin önlenmesi hedeflenir.

Tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi bakımından tecavüz oluşturan eylemin hukuka aykırı olması yeterlidir. Tecavüzü gerçekleştirenin veya temsilcisi ya da çalışanı olduğu işletme sahibinin kusurlu olması gerekmediği gibi (FSEK m. 69/2, m. 66/2 ve 3), hak sahibinin zarara uğramış olması da aranmaz²⁸.

Mahkeme, eser sahibinin manevi ve mali haklarını ihlal eden tecavüzün kapsamını, tecavüzü edenin kusurlu olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin sorumlu tutulması muhtemel zararları tespit ederek, halin icabına göre tecavüzün ref'i için lüzumlu göreceği tedbirlerin uygulanmasına karar verir (FSEK m. 69/2, 66/4). Bu konuya ilişkin olarak daha önce tecavüzün refi davası bakımından yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

C. Tecavüz Bulunmadığının Tespiti Davası

FSEK m. 15/3'te düzenlenmiş olan eser sahipliğinin tespiti davası dışında, eser sahibinin bütün haklarını kapsayacak şekilde bir tespit davasına yer verilmemiştir. Buna mukabil, hukuki yararın bulunması hâlinde, genel usul hukukunun izin verdiği ölçüde, diğer tüm haklar bakımından da tespit davası açılmasına bir engel bulunmamaktadır (HMK m. 106)²⁹. Dolayısı ile bu durumda ancak meydana getirilen bir fikri ürünün başka bir kimsenin eserine tecavüz teşkil etmediğine dair olumsuz bir tespit davası³⁰ açılabilir. Tecavüzün mevcut olmadığının tespiti davası, çeşitli sebeplerle açılabilir. Örneğin, bir markanın sahibinin kim olduğu, üçüncü bir kişinin bu marka üzerinde aynı veya şahsi bir hakkının bulunup bulunmadığı ve üçüncü bir kişinin faaliyetlerinin tescilli bir markaya tecavüz edip etmediği konusunda belirsizlikler olabilir.³¹ Bir kişi, belirli faaliyetlere başlamışsa veya başlamayı düşünüyorsa, bu faaliyetlerin tecavüz teşkil edip etmediğini mahkeme

²⁸ DEMİRBAŞ: s. 156.

²⁹ TEKİNALP: § 20, N. 82; DEMİRBAŞ: s. 160.

³⁰ Tecavüzün mevcut olmadığının tespiti davası ile ilgili detaylı bilgi için bkz. TUNCER, İdil: "Fikri Mülkiyet Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığının Tespiti Davası", Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, 2010, s. 617-650.

³¹ TUNCER: s. 634.

aracılığıyla tespit ettirerek, ileride karşılaşılabileceği olası tecavüz davalarına karşı önlem almak isteyebilir.³²

HMK m. 106/1'e göre tespit davası ile bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğu veya bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talebini kapsayan bir dava çeşididir.³³ Bu davanın açılabilmesi için, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar hariç olmak üzere, davacının bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunması şarttır (HMK m. 106/2)³⁴. Sadece bir hak veya hukuki ilişki tespit davasının konusunu oluşturabilir (HMK m.106/1). Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konu olmazlar (HMK m.106/3)³⁵.

Tecavüzün bulunmadığının tespiti davası sonucunda, dava konusu bir hakkın ihlal edilmiş olup olmadığı kesin olarak tespit edilmiş olur. Tespit hükmü, davanın tarafları bakımından kesin hüküm oluşturur (HMK m. 303); ancak bu dava çeşidinde yargılama giderleri dışında eda emri söz konusu olmadığından ilamlı icra yoluyla takip yapılamaz (İİK m. 24).

D. Tazminat Davaları

Eser sahipliğinden kaynaklanan mali ve manevi haklara tecavüz edilmesi hâlinde açılacak tazminat davaları FSEK m. 70 ile hüküm altına alınmıştır. Bu hükmün ilk fıkrası manevi tazminat davasına ikinci fıkrası ise maddi tazminat davasına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Mezkûr hükmün son fıkrası ise vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan kârın devri talebi ile ilgilidir. Anılan hükümde düzenlenen tazminat davaları yoluyla eser sahibinin yahut haleflerinin, mali ve manevi haklarına tecavüz edilmesi sonucu ortaya çıkan zararın giderilmesi hedeflenmektedir. Bu davaların, gerekli şartların sağlandığı hallerde tecavüzün men'i veya ref'i talepleriyle birlikte açılması mümkün olduğu

³² TUNCER: s. 634.

³³ KURU, Baki/AYDIN, Burak: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 403.

³⁴ KURU/AYDIN: s. 404.

³⁵ KURU/AYDIN: s. 404.

gibi, maddi ve manevi tazminat istemlerini birlikte içererek şekilde açılmaları da mümkündür³⁶.

1. Manevi Tazminat Davası

Manevi tazminat davası, manevi hakların ihlal edilmesi sonucunda oluşan manevi zararları telafi etmek amacıyla, bir tazminat ödenmesini içeren bir eda davasıdır (FSEK m. 70/1). Bu dava, maddi hukuk açısından TBK'daki haksız fiile benzer bir dava çeşididir. Bu nedenle, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, TBK'nın manevi tazminat davasına ilişkin m. 49 vd. maddeleri uygulanır³⁷. Diğer yandan, FSEK m. 70/1 ile TBK m. 58 hükümleri paralellik göstermektedir. Ancak TBK m. 58/1'de kişilik haklarının zedelenmesi şartı aranmakta iken, FSEK m. 70/1'de manevi haklara yönelik ihlalden söz edilmiştir. Bu nedenle, FSEK m. 70/1 kapsamında açılması düşünülen bir manevi tazminat davasında, eser sahibinin manevi haklarının ihlal edilmesi yeterli olup, davacının kişilik hakkının ihlal edilmiş olması şart değildir³⁸. Ancak bazen bir fiil eser sahibinin manevi hakları ile kişilik haklarını birlikte ihlal edebilir. Bu gibi hallerde, şartlar elverdiği ölçüde hem TBK m. 58'e hem de FSEK m. 70/1'e dayanılarak manevi tazminat talep edilmesi mümkündür.

FSEK m. 70 kapsamında manevi tazminat talep edebilmesi için kusur şartının varlığının gerekli olup olmadığı hususu doktrinde tartışma konusu yapılmıştır. Bir görüşe göre, manevi hakları tecavüze uğrayan eser sahibinin, tazminat davası açabilmesi için manevi haklarından bir

³⁶ KÜÇÜKALİ, Canan: Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 159; AKIN, Levent: Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 105-146, s. 114; DURGUT, Ramazan: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1082; ÖZCAN, Zeynep/TÜRK, Ali: "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 70 hükmü Uyarınca Açılacak Tazminat Davalarının Şartları", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2020, s. 224.

³⁷ ÖZCAN/TÜRK: s. 224; YILMAZTEKİN: s. 507.

³⁸ AKIN: s. 141; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN: s. 2193; SARIKAYA, Murat: "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine Bir İnceleme", Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, 2019, s. 65.

veya birkaçının ihlal edilmiş olması yeterli olup, manevi zararın ve kusurun varlığını ispatlamasına ihtiyaç yoktur. Zira FSEK hükümlerinin sistematiği içinde manevi hakların ihlal edilmiş olduğu hallerde, zararın da meydana geldiği kabul edilerek, vaki tecavüz ile bunun sonucu oluşan zarar arasında ispatı gerektirmeyen bir sebep sonuç ilişkisinin mevcudiyeti varsayılmıştır³⁹. Yargıtay'da haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, FSEK kapsamında manevi hakların ihlal edilmesiyle birlikte manevi zararın da kendiliğinden oluştuğu görülmüştür⁴⁰.

Çoğunluk tarafından ileri sürülen görüşe göre ise FSEK m. 70/1'den kaynaklanan manevi tazminat davası bakımından da kusur şartı aranmalıdır⁴¹. Bu yazarlar, manevi tazminat açısından bu kuraldan ayrılmayı haklı gösterecek özel bir sebep bulunmadığı görüşündedirler. Zira FSEK m. 70/1'in lafzında açıkça "uğranılan manevi zarara karşılık" ibaresinden söz edildiği için, manevi zarar meydana geldiğinin ispat edilmesi zorunluluğu kendiliğinden de anlaşılmaktadır. Yargıtay ise manevi hakların ihlal edilmesinden dolayısıyla manevi tazminata hükmedilebilmesi için kusur şartının aranmayacağına içtihat etmiştir⁴².

Nihayet manevi tazminat isteminde bulunulabilmesi için, ihlal ile tecavüz fiili arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekir.

Manevi tazminat davası sonucunda, davacının manevi haklarının ihlali sabit görülürse, kural olarak bir miktar paranın davacıya ödenmesine karar verilebilir (FSEK m. 70/1). Bununla birlikte, mahkemece gerek görüldüğü takdirde, para dışında başka bir manevi tazminat şekline hükmetmek de mümkündür. Bunun için TBK m. 58 hükümlerinden yararlanılabilir.

2. Maddi Tazminat Davası

FSEK m. 70/2'ye göre, eserden doğan mali hakları tecavüze uğrayan bir kimse, mütecevazın kusurlu olması şartıyla, TBK'nın haksız fiillere ilişkin hükümleri kapsamında tazminat talep edebilir. FSEK m.

³⁹ TEKİNALP: § 20 N. 84; ÖZTAN, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 671, 672.

⁴⁰ Yargıtay 11. HD, T. 14.09.2009, E. 2009/790, K. 2009/9383.

⁴¹ KILIÇOĞLU, Ahmet: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 412-413; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN: s. 2196-2197; DURGUT: s. 1080.

⁴² HGK, 2003/4-260 E., 2003/721 K. 02.04.2003

70/2'nin yapmış olduğu bu atıftan dolayı, eser sahibinin mali haklarının ihlal edilmesi nedeniyle açılacak tazminat davalarına TBK'nın haksız fiillere ilişkin m. 49 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir⁴³. Bu itibarla, FSEK m. 70'te açıkça değinilen kusur şartının yanı sıra, haksız fiilden sorumlu tutulabilmenin diğer şartları olan hukuka aykırı fiil, zarar ve bunlar arasında uygun illiyet bağının da mevcut olması gerekir.

FSEK m. 70/2 kapsamında eser sahibinin mali haklarına tecavüz edilmesi dolayısıyla açılabilir olan tazminat davaları zarar şartını da ihtiva etmektedir. Bu durumda, mali hakların hukuka aykırı bir eylem sonucu ihlal edilmesi halinde, tazminat davası açılabilmesi eser sahibinin maddi bir zarara uğramış olması şartına bağlıdır. FSEK bağlamında zarardan anlaşılması gereken, fikri haklara tecavüz edilmesi nedeniyle fiili zarar veya yoksun kalınan kârdır. Fiili zarar, eser sahibinin mali haklarının ihlalinden dolayı malvarlığının önceki durumu ile sonraki durumu arasında oluşan farkı ifade etmektedir. Bununla birlikte, eser sahibi ispat edebilmesi şartıyla bu haksız ihlalden dolayı yoksun kaldığı kârın da kendisine verilmesini talep edebilir⁴⁴.

Fiili zararda davacının mevcut malvarlığında bir azalma meydana gelmekte iken, kârdan yoksunlukta, haksız ihlalden dolayı malvarlığının artması engellenmiş olmaktadır⁴⁵. Mali hakların ihlal edilmesi hâlinde, eser sahibinin uğrayacağı zarar, fiili zarardan ziyade genellikle kâr mahrumiyetinden oluşmaktadır. Mali haklara tecavüz davasında fiili zararın ise daha çok dava masraflarından oluştuğu söylenebilir.

FSEK m. 70/2 uyarınca açılacak tazminat davalarında maddi ve manevi zararların belirlenmesi ve kusurun ispatı TBK m. 50-51 hükümlerine çerçevesinde yapılmaktadır. Zararın varlığı ve miktarı zarar gören tarafından ispatlanması gerekmektedir (TBK m. 50/1). Yoksun kalınan kazanç, ihlal eylemi olmasaydı elde edilecek olan gelirin ispat edilmesi suretiyle belirlenmektedir. Mesela, popüler bir kitabın korsan olarak satışı söz konusu ise, hak sahibine satışı yapılan her bir kitap için elde edilen kâr payı esas alınarak zarar hesaplaması yapılması gerekmektedir. Ancak alıcıların korsan baskı yerine kaç tane gerçek baskıyı satın almayı tercih edeceklerinin tespiti zor olduğu için, zararın tam olarak tespit ve ispat edilemediği bu gibi hallerde, TBK m. 50/2'nin

⁴³ YAVUZ/ALICA/MERDİVAN: s. 2213; YILMAZTEKİN: s. 508; SARIKAYA: s. 67.

⁴⁴ ÖZCAN/TÜRK: s. 235; SARIKAYA: s. 68.

⁴⁵ DEMİRBAŞ: s. 167-168.

uygulanması gerekir. Buna göre, zararın tam olarak ispat edilemediği hallerde hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı tedbirleri de dikkate alarak, hakkaniyete uygun olarak zararın miktarını belirler (TBK m. 50/2).

FSEK m. 70/2’de açıkça ifade edildiği üzere, ancak tecavüz edenin kusurlu olması halinde haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edilebilir. İhlal ile tecavüz sonucunu doğuran haksız fiili arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekir. Meydana gelen zarar, tecavüze yol açan hukuka aykırı fiil sonucunda ortaya çıkmış olması gerektiği gibi, haksız fiil oluşturan eylemin, hayatın olağan akışına içinde zararı meydana getirmeye elverişli olması gerekir.

Eserden doğan hakları tecavüze uğrayan bir kimse, tecavüz edenden FSEK m. 68’e göre telif tazminatı talep edebileceği gibi, FSEK m. 70. uyarınca maddi ve manevi tazminat davası da açabilir. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay, dava dilekçesinde açıkça FSEK 70. maddesi uyarınca telif hakkı bedeli talep edildiği halde, mahkemenin FSEK 68. maddesi uyarınca karar vermesinin talepten fazlasına karar verilmesi anlamına geldiğine hükmetmiştir⁴⁶. Bu durumun HMK’nın 26. maddesine göre doğru olmadığına ve bu nedenle hükmün bozulması gerektiğine karar vermiştir⁴⁷. HMK m.26’ya göre, kanunla belirtilen istisnalar dışında, hâkim tarafların talepleriyle bağlıdır ve talep edilenden farklı bir şeye karar veremez.⁴⁸ Ancak, FSEK m. 70’te yer alan “...mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir.” ifadesi nedeniyle, hâkim, FSEK m. 70 kapsamında talep edilen tazminattan farklı bir tazminata da hükmedebilir.

Mali haklara tecavüz hâlinde FSEK m. 68/1 hükmüne göre hak sahipleri, “...sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.” Bununla birlikte, maddi tazminat istemi için failin kusuru ve hak sahibinin zarara uğraması şartlarının aranmasına

⁴⁶ Yargıtay 11. HD, T. 20/05/2019, E. 2018/1591, K. 2019/3938.

⁴⁷ Yargıtay 11. HD, T. 20/05/2019, E. 2018/1591, K. 2019/3938.

⁴⁸ MERİÇ, Nedim: “Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, C.4, S. 2, 2014, s. 38-39; OĞUZ, Habip: “Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Yargıtay’ın Bir Kararının İncelenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 8, 2017, s. 309.

karşılık, mali hakların ihlalinde, FSEK m. 68 kapsamında hak sahibi kusur ve zarar şartlarından bağımsız olarak bedel talebinde bulunabilmektedir⁴⁹. Ancak böyle bir durumda hâkimin, davalının ödeyeceği miktarı belirlerken kusuru da dikkate alması gerekir (FSEK m. 66/4)⁵⁰. Mahkeme, her üç kat bedel talebi söz konusu olduğunda, sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek olan telif ücretinin üç katı kadar bir tazminata hükmetmek zorunda değildir. Hâkim, somut olayın koşulları ve kusurun ağırlığına göre takdir yetkisini kullanarak hakkaniyete uygun bir miktara hükmedebilir⁵¹.

3. Kârın İadesi Davası

Eserden doğan hakları ihlal edilen kişinin malvarlığında bir eksilme meydana gelmediği hâlde, tecavüze yol açan haksız eylem sonucunda bir kâr ortaya çıkmış olabilir. Kârın iadesine ilişkin dava, sözü edilen şekilde elde edilmiş olan bir kazancın, hak sahibine iade edilmesine yönelik bir eda davasıdır (FSEK m. 70/3)⁵². Karın iadesi davası hem maddi hem de manevi hakların ihlal edilmesi halinde istenebilir⁵³. Bu davaya TBK m. 530'da düzenlenen “gerçek olmayan vekâletsiz iş görme” hükümleri dayanak oluşturmaktadır⁵⁴.

Manevi tazminat talebi ile menfaat devri talebi şartları mevcutsa birlikte de talep edilebilir⁵⁵. Örneğin, bir tablonun izinsiz poster haline

⁴⁹ KILIÇOĞLU: s. 397; PİROĞLU, Ünsal: “Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Farklı Konumu ve Niteliği”, Yargıtay Dergisi, C. XXX, S. 4, 2004, s. 443; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN: s. 2085; KÜÇÜLALİ: s. 38, 92.

⁵⁰ TEKİNALP: § 20 N. 52, 55; GÖKYAYLA, Emre: 5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, Ed. Tekin Memiş, İstanbul 2011, s. 288 dn. 23; DEMİRBAŞ: s. 121; KÜÇÜLALİ: s. 92, 97; SARIKAYA: s. 69.

⁵¹ TEKİNALP: § 20 N. 52; DEMİRBAŞ: s. 123; KÜÇÜLALİ: s. 106, 107.

⁵² DEMİRBAŞ: s. 194.

⁵³ SÜZEL BAŞ, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 292.

⁵⁴ TEKİNALP: § 20 N. 99; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN: s. 2215; DEMİRBAŞ: s. 194; YILMAZTEKİN: s. 508.

⁵⁵ ARKAN AKBIYIK, Azra: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, Alfa, İstanbul, 1999, s. 85-86.

getirilerek satılması halinde, hem ressamın üzüntüsünün karşılığı olan manevi zararın tazmin edilmesi hem de satıştan elde edilen menfaatin devredilmesi gerekir⁵⁶.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, bir kimsenin vekâletsiz olarak, bir başkasına ait işi bilerek veya bilmeyerek kendi yararına görmesi söz konusudur. Bu davanın açılabilmesi için, gerek FSEK m. 70/3'te gerekse TBK m. 530'da zarar ve kusur şartının varlığı aranmamıştır. Müteceviz, iyiniyetli bile olsa, başkasının işinden elde ettiği kârı sahibine iade etmek yükümlülüğü altındadır. Bunun için, hak sahibinin müteceviz tarafından bir kazanç elde edildiğini ispat etmesi gerekli ve yeterlidir⁵⁷.

Kârın devri talebi ile hak sahibinin maddi zararının tazmin edilmesi birlikte talep edilemez; bilakis FSEK m. 70/3'te söz konusu olan, vekâletsiz iş görmeden dolayı elde edilen kazançların devridir. Bu açıdan, kârın iadesi davası tazminat davasından farklıdır. Hak sahibi herhangi bir zarara uğramış olmasa bile, müteceviz tarafından elde edilen kazancın sahibine devredilmesi gerekir.

Diğer taraftan, kârın iadesi yanında, FSEK m. 6 kapsamında telif tazminatı isteminde de bulunulmuş olabilir. Bu gibi hâllerde, telif tazminatının vekâletsiz iş görmeden dolayı iade edilecek kârdan indirilmesi gerekmektedir (FSEK m. 70/3/c.2).

III. DAVA AÇABİLECEK KİŞİLER

Taraf, mahkemeden kendi adına hukuki koruma talep eden ya da kendisine karşı korunma talep edilen kişidir⁵⁸. Hukuk sistemimizde, şekli taraf kavramı benimsenmiştir; bu da dava dilekçesinde hukuki koruma talebinde bulunan kişinin davacı olarak adlandırılması anlamına gelir⁵⁹. Bir dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmekle davalı olunmuş olur⁶⁰.

FSEK kapsamında açılan hukuk davalarında, davacı sıfatı, FSEK tarafından tanınan manevi ve mali haklar ile ilişkili haklar üzerindeki

⁵⁶ ARKAN AKBIYIK: s. 86.

⁵⁷ DEMİRBAŞ: s. 201, 202.

⁵⁸ TANRIVER, Süha: Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 476.

⁵⁹ TANRIVER: s. 476.

⁶⁰ TANRIVER: s. 476.

tasarruf yetkilerinin kapsamına göre belirlenir⁶¹. Başka bir deyişle, davanın konusu olan haklar ve bu haklar üzerindeki yetkiler, davacının kimliğini ve davasını şekillendirir⁶².

FSEK kapsamında hukuk davaları, eser sahibi, mirasçılar, mali hak sahipleri ve münhasır lisans (tam lisans) sahipleri tarafından açılabilir. Ancak manevi tazminat davalarında farklılıklar söz konusudur. Zira eserden kaynaklanan manevi haklar, bizzat eserin üreticisi olmaktan kaynaklanan ve eser sahibine bu sıfatından dolayı tanınmış olan yetkililerdir. Ayrıca manevi haklar mirasçılara da intikal etmemektedir. FSEK m. 19'a göre, manevi hakları kullanma yetkisi, eser sahibinin ölümü ile birlikte yetmiş yıl süreyle, vasiyeti tenfiz memuruna, bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mensup mirasçılara, ana - babasına, kardeşlerine aittir. Ancak bu halde manevi hakların doğrudan geçişi değil, hakkı kullanma yetkisi geçmektedir. Yargıtay da içtihatlarında, manevi tazminat davasının FSEK m. 19'da sayılan kişiler tarafından açabileceğini kabul etmektedir⁶³.

FSEK m.80'e göre, bağlantılı haklara sahip olan kişilere eser sahipleri gibi tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davası haklarından yararlanma hakkı tanımaktadır. Ancak, eser sahibine ait mali hakların başka kişilere devredilmesi durumunda (ruhsat), devralanların ref dava açıp açamayacakları konusu FSEK'te açıkça düzenlenmemiştir⁶⁴. Yargıtay kararlarında, ruhsat sahiplerinin tecavüzün ref'i davası açma hakkına sahip olmadıkları belirtilmektedir⁶⁵. Bununla birlikte, meslek

⁶¹ YILMAZTEKİN: s.507

⁶² FSEK kapsamında açılacak davalarda davacı sıfatının belirlenmesi ile ilgili detaylı bilgiler için bkz. YILMAZTEKİN: s.508-554.

⁶³ HGK, E. 1981/70, K. 1983/123, T. 11.02.1983.

⁶⁴ ÖZKAN, Aytül/ Özkan Ahmet Fatih: "Fikir ve Sanat Eserleri Bağlamında Tecavüzün Ref'i Davası ve Üç Kat Bedel Sorunu". Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi C. 6, S.1,2016, s. 109-110.

⁶⁵ "Davacı, FSEK'nun 68. maddesine dayalı olarak tecavüzün ref'i ve tazminat karar verilmesini istemiştir. Bu madde uyarınca talep hakkı eser sahibine veya eser sahibinden mali hakları devralan kişiye aittir. Ruhsat verilmesi yoluyla mali hakları kullanma yetkisine sahip olan kişi ise zararının karşılanmasını sadece FSEK'nun 70/2. maddesi uyarınca açacağı maddi tazminat davasında isteyebilir. Bu durumda, davacının kanundan kaynaklanan ruhsat sahibi sıfatıyla FSEK'nun 68. maddesine dayalı tecavüzün ref'i ve tazminat davası açamayacağından dolayı davanın husumet yönünden reddi gerekirken, davanın kısmen kabulü doğru

birlikleri, aldıkları haklarla ilgili olarak takip yetkisine sahip olabilirler ve dolayısıyla davacı sıfatını taşıyabilirler (FSEK, m.42)⁶⁶. Somut bir durumda meslek birliğinin dava ve takip yetkisine sahip olup olmadığının belirlenmesi için yetki belgesine başvurulmalıdır⁶⁷.

IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

FSEK m. 76, görevli mahkemenin belirlenmesinde SMK m. 156'ya atıf yapmaktadır. Buna göre, SMK' da öngörülen davalarda görevli mahkemeler, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesinden oluşmaktadır. Buna göre, FSEK ve SMK'dan kaynaklanan hukuk davalarında görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleridir. Anılan mahkemeler, ihtisas mahkemesi niteliğinde olup, HSK'nın da görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığınca ihtiyaca göre gerekli görülen yerlerde kurulur. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin bulunmadığı yerlerde, bu tür davalara, fikri sınai haklar hukuk mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemeleri bakacaktır⁶⁸. FSEK ve SMK'dan kaynaklanan ticari davaların asliye hukuk mahkemelerinde görülmesine ilişkin bu durum TTK'nın 5. maddesiyle çelişmektedir.⁶⁹ Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin olmadığı yerlerde bu davalar asliye ticaret mahkemeleri tarafından; asliye ticaret mahkemeleri de yoksa genel görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleri tarafından görülmesi daha isabetli olacaktır.

HMK m. 6'ya göre, genel yetki kuralı gereği hukuk davalarının, davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılması gerekir. Buna mukabil, FSEK m. 66 uyarınca tecavüz 'ün ref'i ve men'i davalarının, davacının yerleşim yerinde de açılabilmesine imkân bulunmaktadır. Ancak aynı durum tazminat davaları için söz konusu değildir. Manevi tazminat davalarında, uyumsuzluk genellikle bir haksız fiilden kaynaklandığı için, bu dava bakımından haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği

görülmemiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2006/6776., K. 2007/14566, T. 20.11.2007 (Yargıtay Karar Arama).

⁶⁶ BOZBEL: s. 570.

⁶⁷ BOZBEL: s. 570.

⁶⁸ Sınai Mülkiyet Kanunu madde 156.

⁶⁹ Aynı görüş için bkz. KURT KONCA, Nesibe: “Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 4, S. 15, s. 99-100.

yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir HMK m. 16).

V. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUN'DAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA EŞVERİŞLİLİĞİ

A. Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk

Arabuluculuk, Türk hukuk sistemine bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak girmiştir. Arabuluculuk yoluna başvurulabilmesi, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuktan doğan uyuşmazlıklar bakımından söz konusudur. Arabuluculuk kurumu, ilkin 2013 yılında yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁷⁰ (HUAK) kapsamında isteğe bağlı olarak başvurulmuş bir alternatif çözüm yolu şeklinde düzenlenmişti (HUAK m. 2/1- b). Ancak, dava şartı arabuluculuk uygulaması 12.10.2017 tarihli İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde mevzuatımıza girmiş ve 01.01.2018 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlamıştır. Böylece sözü edilen uyuşmazlıklarla ilgili olarak dava açılmasından hemen önce arabuluculuk yoluna başvurulması zorunluluğu getirilmiştir. Bu yönüyle arabuluculuk dünyadaki uygulamalardan farklılaşmıştır⁷¹.

Arabuluculuk, bu konuda uzmanlık eğitimi almış bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, taraflarının birbiriyle düzgün bir iletişime geçmelerinin sağlandığı ve uyuşmazlıklarını esas itibarıyla kendi kendilerine çözmelerinin hedeflendiği alternatif bir yöntem olarak nitelendirilebilir⁷². Arabuluculukta bir yargılama faaliyeti

⁷⁰ RG, 07.06.2012, 6325.

⁷¹ EMİNOĞLU, Cafer: “Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Çözüm Önerileri”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.7, S.2, 2021, s. 273.

⁷² TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 43; ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 657; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 9. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 631.

yapılmamaktadır. Arabulucunun görevi, uyuşmazlığı bizzat çözmek değil, yargıya başvurulmasından önce taraflarca çözümlenmesine yardımcı olmaktır. Arabuluculuğun temeli iletişim ve müzakereye dayanmaktadır. Arabulucunun uyuşmazlığı çözmek gibi bir görevi bulunmamaktadır. Nitekim HUAK m. 2/1-b' de bu hususlara açıkça yer verilmiştir. Buna göre, arabulucunun temel görevi, sistematik bir şekilde iletişim teknikleri uygulayarak, uyuşmazlığa ilişkin müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getirme, tarafların sağlıklı bir iletişim yöntemiyle birbirlerini anlamalarını ve bu suretle uyuşmazlığın çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamaktır. Arabulucu, ancak tarafların çözüm üretmediklerinden dolayı tıkanıklıkları durumlarda çözüm önerisi getirebilir. Arabulucunun hüküm verme yetkisi bulunmaması, arabuluculuğu tahkim ve devlet yargısından ayırmaktadır⁷³.

Diğer taraftan, dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuğa başvurunun zorunlu olmasından kasıt, arabulucunun taraflara bir çözüm dayatması ya da tarafların çözüme zorlanması değil, bilakis dava yoluna başvurmadan önce arabuluculuk yolunun işletilmesinin zorunlu olmasını ifade etmektedir. Dolayısı ile dava şartı arabuluculukta taraflar, özgür bir şekilde bu süreci olumlu ya da olumsuz bir şekilde sonuçlandırabilirler. İster ihtiyari isterse zorunlu arabuluculuk olsun, sürecin kontrolü tamamen tarafların elindedir.

Uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemiyle, daha az zaman harcanması, masrafların ve giderlerin azaltılması, uyuşmazlıkların tarafların iradelerine uygun bir şekilde çözümlenmesi amaçlanmaktadır. Böylelikle, uygun yöntemler devreye sokularak toplumda bireyler arası adaletin sağlanması yoluyla toplumdaki düzenin ve barışın hızlı bir şekilde tesis edilmesi mümkün olabilmektedir.

B. Genel Olarak Arabuluculuğa Elverişlilik

Gerek ihtiyarî arabuluculuğun gerekse dava şartı arabuluculuğun uygulanabilmesi, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümüne elverişli olmasına bağlıdır⁷⁴. Hangi tür uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu

⁷³ EMİNOĞLU: s. 272.

⁷⁴ TANRIVER: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, s. 59; EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin: Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve

olabileceği, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun da belirtilmiştir. Arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar, özel hukuktan kaynaklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği nitelikteki uyuşmazlıklardır (HUAK m. 1/2). Belirtilen maddede, arabuluculuk yöntemine uygun olan uyuşmazlıklar tek tek sayılarak belirlenmemiş, bilakis genel bir şekilde düzenlenmiştir⁷⁵. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi, onların hukuken mümkün olan bir sonucu meydana getirme haklarının bulunup bulunmaması ile ilgili bir husus olup⁷⁶, bu tür işlerin, kamu düzenine ilişkin olmayan işler olarak nitelendirilmektedir⁷⁷. Bu doğrultuda, tarafların sulh olabilecekleri veya kendi iradeleriyle bir çözüm bulabilecekleri, kamu düzeni ile ilgisi olmayan ve mahkeme kararı gerektirmeyen uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurulabilecektir⁷⁸. Bu tanımdan, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurulamayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira bir tarafında idarenin bulunduğu özel hukuktan kaynaklanan bir uyuşmazlık da arabuluculuğun konusunu oluşturabilir⁷⁹. Bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması, arabuluculuk yoluna

Dava Şartı Arabuluculuk (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınları, Ankara 2020, s. 38.

⁷⁵ YILMAZ, Ejder: Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 1285; TANRIVER: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, s. 59; EMİNOĞLU/ERDOĞAN: s. 195; EMİNOĞLU, Cafer/KORKMAZ, Cansu: "Marka Hakkına Tecavüzdən Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.1, 2022, s.297.

⁷⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s. 594, 620; EMİNOĞLU/ERDOĞAN: s. 49; EMİNOĞLU/KORKMAZ: s. 300.

⁷⁷ EMİNOĞLU/KORKMAZ: s. 300; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s. 620.

⁷⁸ ERMENEK, İbrahim: Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 84 vd.; KORKMAZ, Cansu: "Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi", Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, S.2, 2022, s. 1369.

⁷⁹ ERMENEK: s. 88-89; TANRIVER: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, s. 62-63; EMİNOĞLU/KORKMAZ: s. 298; EMİNOĞLU/ERDOĞAN: s. 47.

başvurulmasına bir engel teşkil etmemektedir⁸⁰. Bununla birlikte, bir sınırlama yapılarak aile içi şiddet iddiasına dayalı anlaşmazlıkların, arabuluculuğa elverişli olmadığı açıkça belirtilmelidir.

C. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan Doğan Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği

1. Genel Olarak

FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı konusu ile ilgili olarak FSEK' te ya da Arabuluculuk Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, bazı ticari davaların zorunlu arabuluculuğa tabi olmasını düzenleyen Türk Ticaret Kanunu m. 5/A ile hangi davaların ticari dava olduğunu düzenleyen TTK m. 4/1 hükümlerinden yola çıkarak FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı incelenecektir.

TTK m.4/1'de Fikir ve Sanat Eserleri Kanun'dan doğan uyuşmazlıkların, bir tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması şartıyla, ticari davaya vücut vereceğini düzenlemiş olmasına rağmen, bu davalar bakımından görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi değildir. FSEK m.76/1'de FSEK' ten doğan uyuşmazlıklar bakımından ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiştir. Bu durum doktrinde FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı konusunda tereddütlere yol açmıştır.

Doktrinde bazı yazarlar⁸¹, sonraki tarihli özel kanun niteliğindeki FSEK' te yer alan göreve ilişkin düzenlemenin TTK m.4/1-d hükmünü

⁸⁰ ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 784; EMİNOĞLU, /ERDOĞAN: s. 196; KORKMAZ: s. 1370.

⁸¹ POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 145; KIRCA, İsmail: "Nişpi Ticari Davaya Dair", BATİDER, C.33, S.1, 2017, s. 57- 58; TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, s. 320; BOZKURT, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 256. Ancak bu yazarlardan, BOZKURT ve POROY/YASAMAN, her ne kadar fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının ihtisas mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmesiyle birlikte TTK m.4/1-d hükmü zımnen ilga edilmiş olsa da FSEK' ten doğan uyuşmazlıkların ticari

yürürlükten kaldırdığını, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ilgili uyuşmazlığa asliye ticaret mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesinin bakacak olmasının da FSEK'ten doğan uyuşmazlıkların ticari davalar arasında sayılmasının anlamını yitirmesine neden olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Kanun koyucu TTK m.4/1'in gerekçesinde “*fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davalar, kanunen mutlak ticarî davalardır. Fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin davaların halen tek yargıçlı, fikrî ve sınai haklara ilişkin hukuk mahkemelerinde görülmekte bulunmaları, bu mahkemelerin ihtisas mahkemeleri olarak adlandırılmaları, başka bir deyişle ihtisas mahkemesi olmaları, bu davaları ticarî dava olmaktan çıkarmaz; niteliklerini değiştirmez...*” diyerek, bu davaların ticari dava olması yönündeki iradesini açıkça ortaya koymuştur.

Gerekçeyle aynı doğrultuda olan aksi yöndeki görüşe göre ise fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının ihtisas mahkemelerinde görülecek olması bu davaların ticari dava niteliğini ortadan kaldırmamaktadır⁸². Zira TTK m.5/A hükmü zorunlu arabuluculuk bakımından uyuşmazlığın ticaret mahkemelerinde görülüyor olmasını değil, ticari dava kapsamında olmasını aramaktadır. Ayrıca her ticari davanın mutlaka asliye ticaret mahkemesinde görülmesi de söz konusu değildir. Bu nedenle de alacak veya tazminat talepli ticari davalar ticaret mahkemesinden başka bir mahkemede görülüyor olsa dahi zorunlu arabuluculuğa tabi olması gerekmektedir. TTK m. 5'te yer alan “aksine düzenleme olmadıkça”

davalar arasında sayılmasından dolayı zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu görüşündedirler.

⁸² SARI, Onur: “Sınai Mülkiyet Kanununda Düzenlenen Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıklara Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2019, s. 352-353; ERMENEK, İbrahim/AZAKLI ARSLAN, Betül: “İcra İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 33, S. 148, 2020, s. 139; TOPRAKKAYA, İrem: Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 181, EMİNOĞLU, /ERDOĞAN: s. 189; ÜLGEN, Hüseyin ve diğerleri: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 68; ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 125.

ticari davaların asliye ticaret mahkemesinde görüleceğini öngören hükmü de bu soncu destekler niteliktedir.

TTK m. 5/A hükmü dikkate alındığında tüm ticari davaların zorunlu arabuluculuk kapsamına olmadığı görülmektedir. Zorunlu arabuluculuğa tabi ticari davaları konu bakımından sınırlandırılarak, ancak konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olan alacak davaları ile tazminat davaları zorunlu arabuluculuğa tabi tutulmuştur. Buna göre, fikri haklar, hak sahiplerinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklardan olduğundan arabuluculuğa elverişli olup, FSEK'ten doğan alacak ve tazminat talepli davaların da zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu kabul edilmektedir.

Diğer taraftan, 7445 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle 01.09.2023 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere TTK m.5/A-1 hükmüne itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında da eklenmiştir. Böylece, artık ticari davalarda zorunlu arabuluculuk salt konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri ile sınırlı olarak değil, bunlara ilaveten konusu bir miktar para olan itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları bakımından da söz konusu olacaktır.

2. Arabuluculuğa Elverişli Olan Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıkları

Eserden doğan mali haklarının tecavüze uğraması halinde açılacak refi davası FSEK m.68'de özel olarak düzenlemiştir. Buna göre eser sahibi, çoğaltma hakkını ihlal eden mütecevizden izinsiz çoğaltılan kopyalar henüz tedavüle sokulmamışsa çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir.

Çoğaltma hakkının yanı sıra eser sahibinin yayma hakkı da ihlal edilerek, izinsiz çoğaltılan kopyalar tedavüle sokulmuş olabilir. Bu durumda eser sahibi, yalnızca tecavüz edenin elinde bulunan kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir.

Bunların dışında eser sahibinin mali haklarından biri ihlal edilirse hak sahibi mütecevizden sözleşme yapılmış olsaydı talep edebileceği bedelin veya FSEK hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en

çok üç kat fazlasını isteyebilir. Kanun koyucu hak sahibine eser üzerindeki çoğaltma veya çoğaltmanın yanı sıra yayma hakkının ihlal edilmiş olması halinde eserin tedavüle konulup konulmamasına göre seçimlik bir hak tanımışken, başkaca mali hakların ihlali halinde sadece sözleşme yapılmış olması halinde talep edebileceği bedelin veya rayiç bedelin en çok üç katını isteme hakkı tanımıştır.

Eser sahibinin mali hakkının ihlal edilmesi halinde eser sahibine tanınan sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya rayiç bedelin üç katına kadarını talep etme hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, üç misli bedel düzenlemesi medeni ceza tazminatı niteliğindedir⁸³. Kanuni düzenlemeler aracılığıyla getirilen ve tazminat hukukuna istisna oluşturan medeni cezalar, özel hukuk cezası niteliğinde olup mağdurun zararının giderilmesinden ziyade mütecevizin caydırılmasını amaçlamaktadır⁸⁴. Diğer bir görüş ise üç misli bedele ilişkin düzenlemenin tazminat niteliğinde olmadığını, bu bedelin hak sahibine ödenen, tecavüzün izlerinin tamamen silinmesini amaçlayan TBK m.179 anlamında kanuni ceza olduğunu ileri sürmüştür⁸⁵. Nihayet bir diğer görüş ise üç misli bedel talebinin özel hukuk cezası olan medeni ceza niteliğinde olduğunu ifade etmekle birlikte, bu cezaya hükmedilebilmesi için kusur ve zarar şartının aranmayacağını ifade etmiştir⁸⁶.

FSEK m. 66’da düzenlenmiş olan genel nitelikteki ref davası ile tecavüzün tespiti davası ve m. 67’de düzenlenen manevi haklara tecavüz halinde ref davası⁸⁷ zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir. Zira sayılan maddeler kapsamında ileri sürülebilecek taleplerin konusu, zorunlu arabuluculuk bakımından öngörülen sınırlama içinde kalmadığı

⁸³ SEKMEN, Orhan: “Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Zararı Aşan Tazminat ve Belirlenmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S. 2, 2015, s. 71; KÜÇÜKALİ, Canan: “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesindeki Hâkimin Takdir Hakkı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S. 2, 2016, s. 242, 245.

⁸⁴ SEKMEN: s. 70.

⁸⁵ TEKİNALP: s. 319.

⁸⁶ ÖZTAN: s. 649; DEMİRBAŞ: s. 84.

⁸⁷ Ref davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığı ile ilgili detaylı tartışmalar için bkz. IŞIK YAŞLI, Şeyma: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Ref Davasının Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk Kapsamında Değerlendirilmesi”, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2023, s. 429- 470.

için bu türden talepler bakımından arabuluculuk kurumuna başvurulamayacaktır⁸⁸. Ancak tecavüzün refiyle birlikte alacak ve tazminat taleplerinin de ileri sürülmesi halinde zorunlu arabuluculuğa başvurulması söz konusu olabilir⁸⁹.

FSEK m.68’de düzenlenen üç misli bedel talebinin konusu bir miktar paranın ödenmesidir. Ancak bu talebin zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi hukuki niteliğini de dikkate almayı gerektirmektedir. FSEK m.68’de öngörülen üç misli bedel talebinin hukuki niteliğinin tazminat değil medeni ceza olduğu, hakkı ihlal edilen kişinin zararı olup olmadığına bakılmaksızın, eserden doğan hakkı ihlal eden kişiyi cezalandırma amacı yanında ihlal eylemlerini caydırmayı da amaçlayan yaptırım niteliğinde olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir. Açıklanan nedenlerle, FSEK m.68’deki üç misli bedel talebinin tarafların serbestçe üzerinde tasarruf edebilecekleri nitelikte olmamasından dolayı zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında kaldığı savunulmuştur⁹⁰. Ancak, talebin hukuki niteliği tarafların bu konuda kendi aralarında anlaşma yapmalarına engel olmamalıdır. Hak sahibi, üç misli talepte bulunarak dava açıp açmamayı kendi takdirine göre belirleyebilir. Dava açmadan önce, üç misli bedelin ödenmesi konusunda karşı tarafla mahkeme dışında bir sulh anlaşması yapma imkanına sahip olduğu gibi, arabuluculuk yoluyla da anlaşma yapabilir. Sonuç itibarıyla bu yaptırım türünde de bir miktar paranın ödenmesi söz konusudur. Bu nedenle FSEK m. 68’de yer verilen üç misli bedel talebinin zorunlu arabuluculuk kapsamına dâhil olduğu kanaatindeyiz⁹¹.

VI. İHTİYATİ TEDBİR

İhtiyati tedbirlerin uygulanmasıyla ilgili düzenlemeler genellikle HMK’nın “Geçici Hukuki Korumalar” bölümünde yer alır. Ancak bazı durumlarda, özel kanunlarda da bu konuda hükümler bulunabilir.

⁸⁸ YILMAZTEKİN, Hasan Kadir/İNCE, Zeliha: “Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde Bazı Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 159, 2019, s. 2177.

⁸⁹ BERKHAN, İhsan: “Fikri Mülkiyet ve Arabuluculuk”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 93, S. 3, 2019, s. 185-186.

⁹⁰ IŞIK YAŞLI: s. 456- 457.

⁹¹ Aynı yönde bkz. YILMAZTEKİN/İNCE: s. 2177; TAŞDELEN, Nihat: Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 425-426.

Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 637. maddesi, miras sebebiyle istihkak davalarında ihtiyati tedbirin nasıl uygulanacağına ilişkin özel hükümler içermektedir. Bu durumda, ihtiyati tedbir talep edilen mahkeme, özel kanunlarda belirtilen usullere göre hareket eder⁹². Özel kanunlarda belirtilen şartlar veya kriterler doğrultusunda ihtiyati tedbir kararı verilir⁹³. Ancak, özel kanunlarda ihtiyati tedbirin düzenlenmediği durumlarda veya bu konuda belirli bir usul öngörülmediği durumlarda, HMK'nın genel hükümleri uygulanır. Bu, ihtiyati tedbirin talep edilmesi, değerlendirilmesi ve uygulanması sürecinde uyulması gereken temel prensipleri belirler.

HMK'nın 389. maddesinde ihtiyati tedbirin şartları açık bir şekilde düzenlenmiştir. HMK m.389/1'e göre: "Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir."

HMK'nın 389/1. maddesi uyarınca, gecikme sebebiyle ortaya çıkabilecek olumsuz durumlar veya ciddi zararlar endişesiyle ihtiyati tedbir kararı alınabilir⁹⁴. Bu durumlarda, dava açılmasından hüküm verilinceye kadar geçecek süre zarfında, özellikle düzenleme veya eda amacıyla ihtiyati tedbir kararı verilerek, tarafların herhangi bir olumsuz duruma veya ciddi zarara maruz kalmasının önlenmesi hedeflenir⁹⁵. Bu düzenleme, dava sürecinde tarafların haklarını koruyarak geçici bir koruma sağlar.

İhtiyati tedbir kararının alınması genellikle mahkemeye bir talebin sunulmasına bağlıdır⁹⁶. Bu talep, HMK'nın 390/1, 393/1 ve 397/1 maddelerine göre davanın açılmasından önce veya dava açıldıktan sonra yapılabilir. Dava açılmadan önce, ihtiyati tedbir talebinde bulunma hakkı

⁹² KURU/AYDIN: s. 1310.

⁹³ KONURALP, Cengiz Serhat: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbir", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.71, S.2, 2013, s. 226.

⁹⁴ KONURALP: s. 228.

⁹⁵ KONURALP: s. 228.

⁹⁶ ÖZEKES, Muhammet: "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, 2002, s. 111.

sadece dava açacak olan tarafa aittir. Ancak dava açıldıktan sonra, hukuki yararı olan her iki taraf da ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. HMK'nın 390. maddesi uyarınca, ihtiyati tedbir talebi dava açılmadan önce, görevli ve yetkili mahkemeden istenebilirken; dava açıldıktan sonra ise talep yalnızca asıl davanın görüldüğü mahkemeden yapılabilmektedir.

FSEK'te ihtiyati tedbire ilişkin ayrı bir hüküm bulunmaktadır. FSEK'in 77. maddesine göre *“Esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin yahut emrivakilerin önlenmesi için veya diğer her hangi bir sebepten dolayı zaruri ve bu hususta ileri sürülen iddialar kuvvetle muhtemel görülürse hukuk mahkemesi, bu Kanunla tanınmış olan hakları ihlal veya tehdiye maruz kalanların ya da meslek birliklerinin talebi üzerine, davanın açılmasından önce veya sonra diğer tarafa bir işin yapılmasını veya yapılmamasını, işin yapıldığı yerin kapatılmasını veya açılmasını emredebileceği gibi, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarıyan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının ihtiyati tedbir yolu ile muhafaza altına alınmasına karar verebilir.”*

Görüldüğü üzere, bu hüküm ihtiyati tedbiri tüm yönleriyle detaylı bir şekilde düzenlememiştir. Bu durum, ihtiyati tedbirin belirli yönlerinin HMK kapsamındaki genel nitelik taşıyan ihtiyati tedbir hükümleriyle tamamlaması anlamına gelir. Dolayısıyla, FSEK'in ihtiyati tedbire ilişkin hükmü, genellikle bu alanda uygulanan temel prensipleri yansıtır ve HMK'daki hükümlerle tamamlanabilir.

FSEK'in 77. maddesinde, ihtiyati tedbirlerin uygulanacağı çerçeve *“bu kanunla tanınmış olan haklar”* olarak belirtilmektedir. Bu nedenle, FSEK'in 77. maddesinde öngörülen tedbirler, yalnızca FSEK ile tanınmış olan haklar bağlamında uygulanacaktır⁹⁷. Bu hüküm, ihtiyati tedbirin FSEK kapsamındaki haklarla sınırlı olduğunu ve diğer kanunlardan kaynaklanan haklar için bu tedbirlerin geçerli olmayacağını belirtmektedir.

FSEK'te ihtiyati tedbirin sebepleri belirli durumlarla sınırlı olmamakla birlikte, kanun belirli durumları öne çıkarmış, ancak bunları sınırlayıcı olarak belirtmemiştir. Dolayısıyla, herhangi bir sebepten dolayı ihtiyati tedbire karar verilebileceği belirtilmiştir⁹⁸. Bu durumlar genel nitelikte olup, sadece bunlardan birine dayanarak dahi her zaman ihtiyati

⁹⁷ Bu haklara ilişkin değerlendirmeler için bkz. ÖZEKES: s.95-101.

⁹⁸ BOZBEL: s.618-619.

tedbir talebinde bulunulabileceği anlamına gelir⁹⁹. FSEK, eser ve eser sahibinin korunması, eser üzerinde tasarrufta geniş bir serbestlik ve imkân sağlayarak bu alanda esnek hükümler getirmiştir¹⁰⁰. İhtiyati tedbir sebeplerinin sınırlayıcı olmaması, bu genel yaklaşımla uyumludur ve çeşitli durumların dikkate alınarak eser sahibinin haklarının korunmasını sağlar¹⁰¹.

FSEK'te ihtiyati tedbir sebeplerinin genel düzenlenmesi, her talep sonrasında tedbire karar verileceği anlamına gelmez¹⁰². Tedbir talebinde bulunan kişinin, hukuk düzenince korunan bir maddi hakkın varlığı ve bu hakka bir tecavüzün ya da tecavüz tehdidinin bulunması gereklidir¹⁰³. Ayrıca, talepte bulunan kişinin hukuki yararının ve ihtiyati tedbir yoluyla korunacak bir menfaatinin varlığı, bunun yanı sıra ihtiyati tedbir sebebinin yaklaşık olarak ispat etmesi gerekir¹⁰⁴. Bu çerçevede, ihtiyati tedbir talebi, somut ve meşru bir hukuki çıkarın korunması amacıyla özenle değerlendirilmelidir.

İhtiyati tedbirin istenmesi için bir zararın doğup doğmamasının önemi yoktur; zararın önlenmesi amacıyla tedbir istenmesi, tedbir sebeplerinden sadece biridir.¹⁰⁵ Zarar doğmasa da bir tehlike veya emrivakinin önlenmesi için ihtiyati tedbir istenebilir¹⁰⁶. Zira, fikri haklara karşı yönelen ihlallerin, zarara sebebiyet vermesi gerektiği halde, tekrar eski haline getirilemeyecek bir durum doğurması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumlarda ihlalin önlenmesi, sonradan tazminat talep edilmesinden daha önemlidir¹⁰⁷.

Bir talep veya bu taleple ilgili açılmış ya da açılacak dava, tazminat veya başka bir para alacağına ilişkinse, ihtiyati tedbir yerine ihtiyati haciz talep edilmelidir¹⁰⁸. Çünkü, para alacaklarına yönelik mevcut veya gelecekteki davalar, ihtiyati tedbirden farklı olarak İİK m.

⁹⁹ ÖZEKES: s.95-101.

¹⁰⁰ ÖZEKES: s. 101.

¹⁰¹ ÖZEKES: s. 101.

¹⁰² BOZBEL: s. 619

¹⁰³ KURU/AYDIN: s. 1265.

¹⁰⁴ KURU/AYDIN: s. 1274.

¹⁰⁵ ÖZEKES: s. 103.

¹⁰⁶ ÖZEKES: s. 103.

¹⁰⁷ ÖZEKES: s. 103.

¹⁰⁸ ÖZEKES: s. 113.

257 vd. kapsamında düzenlenen ihtiyati hacizle korunmaktadır¹⁰⁹. Ancak, bazı durumlarda ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri birlikte yapılabilir. Bu iki talep birlikte yapıldığında, her biri ayrı ayrı değerlendirilmeli, şartları ayrı ayrı incelenmeli ve talepler hakkında ayrı ayrı karar verilmelidir¹¹⁰. Özellikle fikri hukuktan kaynaklanan para alacaklarını güvence altına almak için ihtiyati tedbir yerine ihtiyati haciz talep edilmelidir¹¹¹. Bu bağlamda ihtiyati tedbire başvurulmuş olsa bile, talebin niteliği gereği ihtiyati hacze karar verilmelidir¹¹².

VII. SONUÇ

Bu makale, FSEK kapsamında doğan uyuşmazlıkların, özellikle de eserin ve eser sahibinin haklarının ihlali durumlarında ortaya çıkan hukuki niteliğini ve bu tür ihtilafların çözümünde medeni usul hukuku perspektifinin önemini detaylı bir şekilde ele almıştır. Fikri mülkiyet hakları, modern hukuk sistemlerinde giderek daha önemli hale gelmiş ve bu hakların korunması, sanat ve bilim alanlarında yaratıcılığı teşvik etmenin ve eser sahiplerinin emeklerini adil bir şekilde tescil etmenin temel unsurlarından biri haline gelmiştir. Ancak, bu hakların ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü, karmaşık hukuki sorunlarla doludur ve genellikle farklı yargı kademelerinde ele alınır. Bu bağlamda, FSEK'in ihlal durumunda hak sahiplerine sağladığı koruma ve çözüm mekanizmalarının etkili bir şekilde işletilmesi ve uygulanması, hukuk sistemimizin güvenilirliği ve adalete olan güvenin korunması açısından kritik öneme sahiptir. Bu çalışma, FSEK kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümünde medeni usul hukuku perspektifinin sağladığı yöntemlerin, görevli ve yetkili mahkemelerin belirlenmesi, zorunlu arabuluculuk kapsamı ve FSEK kapsamında ihtiyati tedbirin uygulanabilirliği gibi önemli konular üzerinde durulmuştur.

¹⁰⁹ ÖZEKES: s. 113.

¹¹⁰ DEMİRBAŞ: s. 195.

¹¹¹ DEMİRBAŞ: s. 195.

¹¹² DEMİRBAŞ: s. 195.

KAYNAKÇA

- AKIN, Levent: Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, s. 105-146.
- ARKAN AKBIYIK, Azra: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, Alfa, İstanbul 1999.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ATEŞ, Mustafa: "Fikir ve Sanat Eseri Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüzün Ref'i", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 8, S. 2, 2022, s. 337-374.
- BERKHAN, İhsan: "Fikri Mülkiyet ve Arabuluculuk", İstanbul Barosu Dergisi, C. 93, S. 3, 2019, s. 170-197.
- BOZKURT, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- BOZBEL, Savaş: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- DEMİRBAŞ, Ali: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- DURGUT, Ramazan: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- EMİNOĞLU, Cafer: "Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Çözüm Önerileri", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.7, S.2, 2021, s. 265-284.
- EMİNOĞLU, Cafer/KORKMAZ, Cansu: "Marka Hakkına Tecavülden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.1, 2022, s. 291-328.
- EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin: Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı Arabuluculuk (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınları, Ankara 2020.

- EREL, Şafak N: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ERMENEK, İbrahim: Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ERMENEK, İbrahim/AZAKLI ARSLAN, Betül: “İcra İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 33, S. 148, 2020, s.135-196.
- GÖKYAYLA, Emre: 5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, Ed. Tekin Memiş, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- IŞIK YAŞLI, Şeyma: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Ref Davasının Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk Kapsamında Değerlendirilmesi”, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2023, s. 429- 470.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: “Fikri Hakların İhlali Halinde Hukuksal Koruma Yolları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 51-104,
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- KIRCA, İsmail: “Nispi Ticari Davaya Dair”, BATİDER, C.33, S.1, 2017, s. 53-61.
- KONURALP, Cengiz Serhat: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbir”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.71, S.2, 2013, s. 225-274.
- KORKMAZ, Cansu: “Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi”, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, S.2, 2022, s. 1365-1406.
- KURT KONCA, Nesibe: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 4, S. 15, 2013, s. 79-125.
- KURU, Baki/AYDIN, Burak: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

- KÜÇÜKALİ, Canan: Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- KÜÇÜKALİ, Canan: “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesindeki Hâkimin Takdir Hakkı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S. 2, 2016, s. 241-255.
- MERİÇ, Nedim: “Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, C.4, S. 2, 2014, s. 23-63.
- OĞUZ, Habip: “Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Yargıtay’ın Bir Kararının İncelenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 8, 2017, s. 301-316.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ÖZCAN, Zeynep/TÜRK, Ali: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 70 hükmü Uyarınca Açılacak Tazminat Davalarının Şartları”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2020, s. 219-244.
- ÖZEKES, Muhammet: “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, 2002, s. 89-138.
- ÖZKAN, Aytül/ Özkan Ahmet Fatih: “Fikir ve Sanat Eserleri Bağlamında Tecavüzün Ref’i Davası ve Üç Kat Bedel Sorunu”. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi C. 6, S.1,2016, s 103-134.
- ÖZTAN, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 9. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 202.
- PİROĞLU Ünsal: “Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Farklı Konumu ve Niteliği”, Yargıtay Dergisi, C. XXX, S. 4, 2004, s. 433-458.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

- SARI, Onur: “Sınai Mülkiyet Kanununda Düzenlenen Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıklara Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanması”, İstanbul Kùltür Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2019, s. 345-386.
- SARIKAYA, Murat: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine Bir İnceleme”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Dergisi, C.1, S. 2, 2019, s. 59-90.
- SEKMEN, Orhan: “Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Zararı Aşan Tazminat ve Belirlenmesi”, İstanbul Kùltür Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Dergisi, C.14, S. 2, 2015, s. 67-106.
- ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- SÜZEL BAŞ, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- ŞAHİN, Ayşenur: Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- TANRIVER, Süha: Medeni Usùl Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- TAŞDELEN, Nihat: Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- TOPRAKKAYA, İrem: Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- TUNCER, İdil: “Fikri Mülkiyet Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığının Tespiti Davası”, Dokuz Eylül Hukuk Fakùltesi Dergisi, C.11, 2010, s. 617-650.
- ÜLGEN, Hüseyin ve diğerleri: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Medeni Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi

YAVUZ, Levent/ALICA, Türkyay/MERDİVAN, Fethi: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt II, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

YILMAZ, Ejder: Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

YILMAZTEKİN, Hasan Kadir: "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği ile Bunların Tecavüz Davaları Bağlamında Davacı Sıfatına Etkileri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.2, S. 65, 2020, s. 499-557.

YILMAZTEKİN, Hasan Kadir/İNCE, Zeliha: "Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde Bazı Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları", Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 159, 2019, s.2171-2185.

ALMAN HUKUKUNDA ORTAKLIK ESAS SÖZLEŞMESİNİN SEDASYONU (SD) KAVRAMI HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU*

ÖZ

Anonim şirket esas sözleşmesi ile limited şirket sözleşmesi canlı bir organizmadır. Yeri geldiğinde bu organizmanın yenilenmesi, güncellenmesi ve değiştirilmesi gerekebilir. Bu minvalde pay sahiplerinin/ortakların alacağı bir kararla esas sözleşme/şirket sözleşmesi değişikliği prosedürüne gidilmeksizin esas sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin mevcut hükmü geçici olarak rafa kaldırılarak pay sahiplerinin kararı/ortakların kararı uygulanmaktadır. Alman hukukunda ‘*Satzungsdurchbrechende Beschlüsse*’ (SD) olarak ifade edilen bu kavramın hukukumuzda yabancı olduğu açıktır. Bu kavramın ne anlama geldiği, kavram hakkında yapılan tartışmalar ışığında incelenerek hukukumuz açısından değerlendirmelerde bulunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, limited şirket, esas sözleşme, şirket sözleşmesi, SD.

* Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: o.z.g.u.n@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-9660-4575.

Makalenin Gönderim Tarihi : 15.02.2024.

Makalenin Kabul Tarihi : 27.05.2024.

AN EVALUATION ABOUT THE TERM OF SEDATION OF THE ARTICLES OF ASSOCIATION (SD) UNDER GERMAN LAW

ABSTRACT

The articles of association of a joint stock company and the agreement of a limited liability company are living organisms. This organism may require to be renewed, updated and amended in the course of time. In this manner, with a resolution of the stockholders/shareholders, the present provision of the articles of association or the articles of company is temporarily placed aside without implemented the procedure of amending the articles of association/company agreement, and the resolution of the stockholders/shareholders is implemented. It is obvious that these term, which is referred to as '*Satzungsdurchbrechende Beschlüsse*' (SD) in German law, is foreign to our law. The sense of these term will be analysed in the light of the discussions on the term and evaluations will be made with regards to our law.

Keywords: Joint stock company, limited liability company, the articles of association of a joint stock company, the agreement of a limited liability company, SD.

I. GİRİŞ

SD kavramının çıkış noktası (Alman) anayasası hukukudur¹. Diğer bir deyişle, bir hukuki birlikteliğin anayasal düzeninden münferit bir duruma istinaden ayrılmanın hukuki bağlamda irdelenmesi öncelikle kamu hukukunda gerçekleşmiştir². Burada, bir veya birden çok münferit

¹ UEBERFELDT, Werner: Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung im Vereinsrecht und Aktienrecht, 1. Auflage, Industrie- Verlag u. Druckerei Akt. Ges., Düsseldorf 1934, s. 19 vd. ve özellikle 22. BOESEBECK, Ernst: 'Satzungsdurchbrechung' im Recht der AG und GmbH, NJW, Heft: 50, 13. Jahrgang, Jahr:1960, s. 2265.

² HELMKE, Britta: Satzungsdurchbrechungen bei der GmbH, Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft des Fachbereichs Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg, Hamburg 2001, s. 8.

durum için anayasa hukukuna ilişkin hükümlerin ihlali kastedilmektedir³. Diğer bir deyişle bu, anayasa hukukuna ilişkin hükümlerin bir ya da daha fazla belirli münferit durum için ihlal edildiği, ancak bunun bir istisna olduğu, yani sedasyona uğratılan hükümlerin diğer açılardan uygulanmaya devam ettiği, böylelikle ne kalıcı olarak yürürlükten kaldırıldığı ne de geçici olarak askıya alındığı söylenebilir⁴. Söz konusu ihlal, anayasa değişiklikleri için öngörülen prosedür dikkate alınmadan gerçekleşirse, burada bahsedilen bir anayasa sedasyonu değil, yalnızca bir anayasa ihlalidir⁵. Eğer anayasayı sedasyona uğratan hüküm istisnai bir hüküm olarak anayasanın lafzına eklenirse, bu yine burada söz konusu olan anlamda bir anayasa sedasyonu değil, bir anayasa değişikliğidir⁶. Oysaki, daha dar anlamda bir anayasa sedasyonu anayasa değişiklikleri için öngörülen prosedüre uyulması, ancak anayasanın lafzının değiştirilmemesi halinde söz konusu olur⁷. Bu tür anayasa sedasyonları, yani anayasa değişiklikleri için gerekli çoğunluklarla kabul edilmiş, ancak anayasa metnine bir değişiklik olarak yansıtılmamış kanunlar, Weimar Anayasası'nın yürürlükte olduğu sürede geçerli kabul edilmiştir⁸. Elbette, mevcut anayasa hukukunun karışıklığı ve istikrarsızlığı sebebiyle Weimar döneminde bu tür ihlallere yönelik bir kısıtlama ve hatta yasak zaten düşünülüyordu⁹. Bu yasak GG § Art. 79 Abs. 1 S.1 hükmü ile getirildi¹⁰. Bu hüküm uyarınca¹¹; “Anayasa, ancak kendisinin sözünü açıkça değiştiren veya tamamlayan bir yasayla değiştirilebilir.” Bu yasağın sınırlandırıldığı hükme ise ikinci fıkrada yer verilmiştir. Buna göre; “Barış akdini veya barış akdi hazırlıklarını veya bir işgal rejiminin ortadan kaldırılmasını konu alan veya Federal Cumhuriyetin savunmasına hizmet eden uluslararası anlaşmalarda, **Anayasa hükümlerinin bu anlaşmaların akdine ve yürürlüğe konulmasına karşı olmadığını belirtmek için, bu açıklığı getirmekle yetinen bir ekin Anayasa metnine ilavesi yeter.**

³ BOESEBECK, s. 2265.

⁴ BOESEBECK, s. 2265.

⁵ BOESEBECK, s. 2265.

⁶ BOESEBECK, s. 2265.

⁷ BOESEBECK, s. 2265.

⁸ BOESEBECK, s. 2265.

⁹ BOESEBECK, s. 2265.

¹⁰ BOESEBECK, s. 2265.

¹¹ Alman Anayasası'nın toplu olarak Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.recht-harmonisch.de/GG-turkisch.pdf>

Weimar Anayasası'nın Art.79 Abs. 1'in kabul edilmesiyle birlikte anayasanın değiştirilmesi, lafzını açıkça değiştiren ya da tamamlayan bir kanun ile mümkün hale gelmiştir¹². Bu kabul, Alman Anayasası'nda SD sorunsalının çözüme kavuşturulmasını sağlamıştır¹³. Bununla birlikte, anayasa hukukundaki hukuki gelişim şirketler hukukuna ilişkin sorunsal üzerinde doğrudan aynı yönde bir etki gösterememiştir¹⁴. Bu yüzden anayasa hukukunda, yani kamu hukukundan özel hukuka yansıtılan SD kavramının anayasa ile esas sözleşmede ortaya çıkma ve uygulanma sebepleri birbirinden ayrılmalıdır¹⁵.

SD kavramının şirket sözleşmesinin değiştirilmesi ile şirket sözleşmesinin ihlali arasında bir kategori olarak kabul edilip edilemeyeceği limited şirketler hukukunda da tartışılmaktadır¹⁶. Bu kapsamda şirket sözleşmesinin değiştirilmesine dair GmbH § 53 hükmü uyarınca sözleşme değişikliği prosedüründeki geçerlilik şartlarının kolaylaştırılıp kolaylaştırılmayacağı düşünülmelidir¹⁷. Ayrıca SD, sermaye şirketlerinden biri olan anonim şirketler için de tartışılmalıdır. Zira SD kararlarının özündeki esas sözleşmeyi değiştiren kararların geçerliliği noktasında beliren özellikler bu kavramın her iki şirket açısından da ne kadar önemli olduğunu göstermektedir¹⁸.

SD'nin esas sözleşmenin hangi kısımlarında ortaya çıktığı konusunda görüş ayrılıkları vardır¹⁹. Bu noktada SD'nin maddi nitelikteki, yani organizasyon hukuka ilişkin şekillendirmeyi ihtiva eden

¹² HELMKE, s. 9.

¹³ HELMKE, s. 9.

¹⁴ HELMKE, s. 9.

¹⁵ UEBERFELDT, s. 22.

¹⁶ MÍCHALSKÍ, Lutz/ HEİDİNGER, Andreas/ LEİBLE, Stefan/SCHMİDT, Jessica: Kommentar zumGesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2023, [MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53] Rn. 44.

¹⁷ PRIESTER, Hans Joachim: Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung (Vorausetzungen und Grenzen satzungsdurchbrechender Beschlüsse) ZHR 151, Jahr: 1987, s.42; MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 44.

¹⁸ PÖSCHKE, Moritz: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse in GmbH und AG, Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 1. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2020, s. 8-9.

¹⁹ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 44.

hükümleri kapsayacağı söylenebilir²⁰. Oysaki bireysel hukuka ilişkin sözleşmeler esas sözleşme haricinde kararlaştırılabildiğinden SD kapsamı içerisinde değerlendirilmemelidir²¹.

SD kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için örnek olaylar çerçevesinde somutlaştırmaya gidilmesinde fayda vardır. Esas sözleşme, yönetim kurulu üyeleri için Alman vatandaşlığı veya belirli bir mesleki yeterlilik veya pay sahipliği statüsü gibi belirli özellikler öngörebilir, ancak pay sahipleri yine de bir yabancıyı, kalifiye olmayan bir kişiyi veya pay sahibi olmayan bir kişiyi son aşamada şirket yöneticisi olarak atayabilir. Benzer şekilde esas sözleşme, şirket yöneticilerinin atanmasını veya payların devrinin denetim kuruluna onaylanmasını yalnızca bir yarışan olarak değil, aynı zamanda yerine geçen bir yetki olarak veriyorsa, ancak somut bir durumda pay sahipleri bu yetkiyi kendileri üzerine almak ve bizzatı karar vermek isteyebilirler. Ayrıca, esas sözleşmenin yıllık mali tablolar için, örneğin; bilançolama veya “ihtiyari nitelikte bilanço denetimi” ile ilgili olarak belirli kurallar öngördüğü ve pay sahiplerinin belirli bir yıl için karar alarak bu kurallardan ayrıldığı da görülmektedir. Bunların haricinde esas sözleşmeyi sedasyona uğratan kararlar pay sahipliği haklarıyla ilgili olarak da ortaya çıkabilir. Bu bağlamda kârın dağıtılması düşünülebilir. Örneğin; pay sahipleri, kârın esas sözleşmeden veya - esas sözleşmede buna karşılık gelen bir hüküm bulunmaması halinde - kanuni hükümlerden farklı bir şekilde dağıtılmasına karar verebilirler. Hatta şirket ile pay sahipleri arasındaki hizmet ilişkilerini konu edinen SD kararları da (ek ödeme yükümlülüğü ile danışma kurulu üyelerinin ücreti üzerinde değişikliğe gidilmesi) karşımıza çıkabilir. Ancak bu noktada unutulmaması gereken husus, SD'nin varlığı için açıkça esas sözleşmede buna izin veren bir düzenlemenin bulunmamasıdır²².

SD kavramının hukuki niteliği konusunda tartışmalar olsa da (özellikle esas sözleşme değişikliği midir? yoksa esas sözleşmenin ihlali midir?) genel olarak tanımından hareketle fiili esas sözleşme değişikliği (faktische Satzungsänderung) olarak kabul edilmediğini belirtmek gerekir. Zira SD pay sahiplerinin kararını gerektirir. Oysaki esas sözleşme hükümlerinin pay sahipleri tarafından bir şirket organı olarak değil de başka bir şekilde ihlal edilmesi halinde, bu yalnızca fiili bir ihlal

²⁰ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 44.

²¹ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 44.

²² Bu konuda birçokları yerine bkz. PRÏESTER, s. 42 vd.

teşkil eder. Bu minvalde fiili esas sözleşme değişiklikleri, geçerli esas sözleşmede yer almayan ve şirket yönetimi tarafından yetki aşımı niteliğindeki şirket idaresine ilişkin tedbirler olarak karşımıza çıkarlar. Bu tedbirler, şirketin karar alma mekanizmasından ve özellikle de esas sözleşmenin değiştirilmesinde yetkili olmayan bir organ tarafından alınır. Bu noktada SD'den farklı olarak fiili esas sözleşme değişikliklerinde, pay sahiplerinin iradelerinin esas sözleşmenin içeriğinden sapması söz konusu değildir. Ayrıca SD'nin anahtar klozundan²³, yorum²⁴, borçlar hukukuna ilişkin yan anlaşmalardan²⁵ farklı olduğu kabul edilmektedir²⁶.

SD kavramının ortaya çıkışı, kaynağı, uygulama alanı ve diğer kavramlardan farklı olduğu noktalar kısaca irdelenmiştir. Verilen bu kısa bilgilerden sonra doktrinin kavrama yaklaşım biçimine ve bu konudaki içtihatlarla yer verilecektir. Bu bilgiler ışığında SD'ye ilişkin görüşümüzü kısa bir değerlendirme ile belirtmeye çalışacağız. Ancak hemen öncesinde SD'ye ilişkin açıklamaları anlamak adına bunun Türkçe karşılığının verilmesi gerekir. Zira Türk literatüründe bu konuya ilişkin bir bilgi yoktur. Değerlendirme kısmında ayrıntılarıyla açıklanacağından burada yalnızca kısa bir bilgi verilmelidir. Bu noktada SD kavramı esas sözleşmenin sedasyonudur. SD kavramı ile ortaklıklar hukukunda pay sahipleri esas sözleşmedeki ilgili hükmü değiştirmeksizin ve esas sözleşmenin değiştirilmesi prosedürüne uymaksızın kendi aralarında

²³ Limited şirketin pay sahipleri, prensipte somut durumlar için adi nisapla alınacak bir kararla statüden ayrılınabileceğine dair düzenlemelerin esas sözleşmeye konulması konusunda seçim hakkına sahiptirler. Esas sözleşme bu tarz bir anahtar klozu ihtiva ettiği kadarıyla buna uygun alınacak bir karar esas sözleşmeyi değiştirici nitelikte değildir ve burada SD kararı söz konusu değildir. Nitekim burada esas sözleşmede vücut bulmuş pay sahiplerinin iradelerine aykırı bir eylemin eksikliği göze çarpar. Bkz. Birçokları yerine bkz. HELMKE, s. 10-11.

²⁴ Yorum ile SD arasındaki ilişkiye dair içtihat için bkz. OLG München, Urteil vom 20. 12. 2000 - 7 U 2722/00 (LG München I) (n.rkr., Rev. unter BGHII ZR 69/01), NZG 2001, 762.

²⁵ Yan anlaşma yalın sözleşmesel nitelikte ve borçlar hukuku karakterli olup karar karakterine sahip değildir. Bu noktada pay sahiplerinin kararlarına olan zorunlu gereksinim SD için ayırt edicilik arz eder. Netice olarak borçlar hukukuna ilişkin yan anlaşmaların değiştirilmesi yalnızca sözleşmeler hukukuna bağlıdır; ki esas sözleşme değişikliği için gerekli usullere ihtiyaç yoktur. Birçokları yerine bkz. HELMKE, s. 12.

²⁶ Bu konudaki literatüre ilişkin ayrıntılar için birçokları yerine bkz. HELMKE, s. 9 vd.

aldıkları karar ile farklı bir uygulamaya gitmeye çalışmaktadırlar. Kendine özgü bir dinamiğe sahip olan bu kavramın Kanun'da bir karşılığı yoktur. Bu yüzden söz konusu kavram -birazdan belirtileceği üzere- ya esas sözleşmenin ihlali ya da esas sözleşme değişikliği kategorisi içerisinde ele alınmaktadır.

II. DOKTRİNDEKİ YAKLAŞIMLAR

Belirsiz olan yalnızca SD'nin hukuki niteliği ve buna bağlanan sonucun hukuki değerlendirmesi değil, aynı zamanda kavramın kendisidir.²⁷ Bu bağlamda SD'nin tanımı ile konunun uygulama alanı belirlenebilecek ve hukuki niteliğinin ne olduğu kısmen de olsa bu şekilde ortaya konulabilecektir²⁸. Burada varılacak sonucun pratikte önemi göz ardı edilemez²⁹. Zira SD sorununun çözümüne dair her türlü yaklaşımın verdiği cevap farklı hukuki sonuçlara yol açacak mahiyettedir³⁰.

Ueberfeldt kavramsal olarak SD'nin esas sözleşme değişikliklerinden ayırt edilmesi gerekliliğine vurgu yapar³¹. Bu noktada mezkur yazara göre; SD'den, korporatif yaşam için az öneme sahip konuların söz konusu olduğu hallerde nitelikli çoğunluk kararıyla esas sözleşmedeki genel bir hükümden sapan bir düzenleme anlaşılır³². Esas sözleşmenin genel bir hükmünün istisnai bir hüküm eklenerek değiştirilmesi, münferit bir durum ve bu konuların nispeten önemsiz olması nedeniyle gerekli görülmediğinden, bu karar esas sözleşme değişikliği olarak tescil edilmemiştir.³³ Böylelikle Ueberfeldt, statüde değişikliğe sebebiyet veren, yani SD'nin ne bir esas sözleşme değişikliği ne de bir esas sözleşme ihlali olarak görmektedir. Bu çerçevede yaptığımız tanım

²⁷ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 45.

²⁸ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 45.

²⁹ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 45.

³⁰ Limited şirketler hukuku açısından ayrıntılı bilgi için bkz. MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 45.

³¹ UEBERFELDT, s. 15.

³² UEBERFELDT, s. 15.

³³ UEBERFELDT, s. 15.

şu şekildedir³⁴: “*Esas sözleşme değişikliği için gerekli çoğunluk şartlarını karşılayan bir tüzel kişiliğin iradesini oluşturan organın kararıyla esas sözleşme değişikliği olarak ticaret sicili mahkemesinde kaydedilmeden veya devlet tarafından onaylanmadan, bir veya daha fazla münferit durum için esas sözleşmenin genel bir hükmünün uygulanmamasını emretmesi ve kararın konusunun şirketin yaşamı için az bir öneme sahip bir hususla ilgili olması halinde, bir SD söz konusudur.*” Son olarak SD’nin şekli şartları olarak esas sözleşmenin değiştirilmesi için aranılan çağrı usulüne ve kararın alınması için gerekli yeter sayıya dair³⁵ gerekliliklerin yerine getirilmesi gerekir³⁶. Görev ve yetki meselesi, çoğunluk gereklilikleri ve çağrı ve ilan hükümleri büyük ölçüde esas sözleşme değişikliğinin şekli geçerlilik şartları ile uyumlu olsa da, idari bir tedbir olarak hukuki niteliğine uygun olarak, esas sözleşmenin sedasyonunda sicile kayıt veya devlet izni gerekliliği eksiktir. Tescil edilmeme veya devlet izninin bulunmaması aslında esas sözleşme sedasyonunun kavramsal özellikleridir. Aksi takdirde esas sözleşmeden böyle bir sapmanın kendisi esas sözleşmenin bir parçası ve dolayısıyla ana sözleşme değişikliği haline gelecektir³⁷.

Boesebeck’e göre³⁸; SD, esas sözleşme değişikliği için gerekli tüm koşulları yerine getirmeli ise de öngörülen ticaret siciline tescil şartı istisna tutulabilir. Ayrıca Ueberfeldt’in tüzel kişiliğin yaşamını ilgilendiren az öneme sahip olma kriteri de reddedilmelidir³⁹. Hakeza, Boesebeck’e göre, ticaret siciline kayıtlmaksızın gerçekleştirilen SD, şekli mahiyetteki tescil artık makul olmayan amaç haline gelecekse, geçerli olarak kabul edilmelidir⁴⁰. Mezkûr yazara göre bu durum, tam da eş zamanlı ve bir defaya mahsus bir işlemle ilgili olduğu için, ticaret sicilinde

³⁴ UEBERFELDT, s. 18-19.

³⁵ İmtiyaz hak sahipleri açısından duruma bkz. UEBERFELDT, s. 42-43.

³⁶ UEBERFELDT, s. 32 ve 33.

³⁷ UEBERFELDT, s. 33.

³⁸ BOESEBECK, s. 2267.

³⁹ BOESEBECK, s. 2267.

⁴⁰ BOESEBECK, s. 2267.

yeni bir kayıtla derhal geri alınabilecek bir kayıt olması halinde geçerlidir⁴¹. Örneğin⁴²; genel kurul, esas sözleşmedeki hükmün yabancı X için geçerli olmaması için esas sözleşmeyi değiştirmeye karar verebilir. Genel kurul daha sonra, esas sözleşme değişikliğinin ticaret siciline işlenmesinden bir mantıksal saniye sonra geçerli olmak üzere yabancı X'i denetim kurulu üyesi olarak seçer. X bu seçimi kabul eder. Genel kurul daha sonra, X'in denetim kurulu üyesi olmasından bir mantıksal saniye sonra geçerli olmak üzere esas sözleşmeyi yeniden değiştirmeye karar verir. Böylelikle esas sözleşmeden sapan hüküm silinir ve esas sözleşme yeniden başlangıçtaki lafzını alır. Her iki karar da aynı anda ticaret siciline kaydedilmek üzere dosyalanır. Sicil memuru her iki kararı da aynı anda ticaret siciline işler ve yürürlükleri mantıksal saniyelerle birbirinden ayrılır. Mezkur yazara göre böyle bir prosedür artık mantıklı değildir.

SD'den⁴³, bir sermaye şirketinin pay sahiplerinin, yani bir anonim şirketin ya da bir limited şirketin esas sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin bir hükmünden karar alarak somut bir münferit durum için -esas sözleşmeyi değiştirmeden o haliyle bırakmak istedikleri- bilinçli olarak ayrılmaları anlaşılır. Priester'in yapmış olduğu bu tanımda dikkati çeken nokta, SD'nin varlığı için pay sahiplerinde esas sözleşmeyi değiştirme iradesinin yani bilincinin var olup olmadığıdır. Bu bağlamda pay sahipleri söz konusu olayla ilgili karar alırken geçerli olan belirli ya da tali nitelikteki esas sözleşme düzenlemesinden sapma bilincinde olma zorunluluğu konusundaki tartışmada *Priester*, esas sözleşmeyi değiştirme iradesine sahip olmayan pay sahiplerinin aldıkları kararın iptal edilebilir nitelikte olduğu kanaatindedir⁴⁴. Bu yüzden, pay sahipleri söz konusu birlikteliğin temel düzenlemesine bir istisna getirildiğinin bilincinde olmalıdırlar⁴⁵. Şu hâlde Priester, noktasal etki doğuran SD'lerin geçerli olduğu ve bunların esas sözleşme

⁴¹ BOESEBECK, s. 2267.

⁴² BOESEBECK, s. 2267.

⁴³ PRIESTER, s. 40.

⁴⁴ PRIESTER, s. 47-48.

⁴⁵ PRIESTER, s. 48.

değişikliğinin yanında kendine özgü/ayrı bir kategori oluşturduğu fikrindedir⁴⁶. Diğer taraftan kalıcı etki doğuran yani bir durum değişikliğine sebebiyet veren esas sözleşme sapmalarının esas sözleşme değişikliği olarak değerlendirilmesi gerektiği ve SD'den ayrılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir⁴⁷.

Priester⁴⁸, SD ile alınan noktasal etki eden kararların geçerli olduğu kanaatindedir. Bu kararların geçerliliği için esas sözleşme değişikliği için aranılan şartların yerine getirilmesi gerekir. Bunlar içerisinde usulüne uygun bildirim, nitelikli çoğunluk ve uyulması gerekli şekli hükümler sayılabilir. Bu noktada esas sözleşme metninin değiştirilmesine ve ticaret siciline tescil yaptırılmasına gerek yoktur. Oysaki kalıcı durum değişikliğine sebebiyet veren SD'lerin geçersizliği söz konusudur. Bu bağlamda, esas sözleşmede ancak sapmanın kendisi kabul edilerek ya da buna uygun bir istisna çekincesi konularak gerçek bir esas sözleşme değişikliği tahayyül edilebilir.

Zöllner⁴⁹ Priester'in öncüsü olduğu SD kavramına getirdiği ilerici bakış açısına methiyeler düzerek (!)⁵⁰, esas sözleşme düzenlemelerine uymayan kararların daima esas sözleşme ihlali teşkil ettiğini ve bu şekilde yalnızca iptal edilebilir nitelikte olduğunu belirtmektedir. Bunların hükümsüzlüğü ya da geçersizliği için herhangi bir hukuki dayanak söz konusu değildir. Bu kabul, kalıcı etki doğuran tedbirlere ilişkin tüm kararlar için de geçerlilik arz eder. Bunun haricinde söz konusu nitelendirme esas sözleşme hükümlerinin içeriğinden sapan tüm tedbirler için de geçerlidir. Esas sözleşmeden ayrılan münferit tedbirlere ilişkin kararlar tıpkı diğer tedbirler gibi esas sözleşme değişikliği değildir. Şayet tüm pay sahipleri karara onay verdilerse ya da iptal davasının açılmaksızın iptal süresi geçirilmişse iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanamaz. Alınan karar ile uygulanacak düzenlemenin esas

⁴⁶ PRIESTER, s. 55.

⁴⁷ PRIESTER, s. 57.

⁴⁸ PRIESTER, s. 58.

⁴⁹ ZÖLLNER, Wolfgang: Satzungsdurchbrechung, Festschrift für Hans-Joachim Priester, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2007, s. 892.

⁵⁰ Bkz. ZÖLLNER, s. 879 ve 893.

sözleşmenin sedasyonu veya esas sözleşmeden sapma olarak ilan edilmesi, kararın esas sözleşmenin değiştirilmesi için gerekli çoğunlukla alınması ve noter tarafından onaylanması halinde iptal edilebilirlikten kaçınılabılır. Ticaret siciline sedasyonun kaydı gerekmez. Zira esas sözleşmede şimdiye kadar geçerli olan hüküm bu sedasyonu işlevsiz bırakmıştır. Sedasyonun aynı zamanda sunulan esas sözleşme düzenlemesinde ilan edilmesine de gerek duyulmaz.

Zöllner⁵¹, Priester'in kalıcı etki doğuran/noktasal etki yaratan SD ayırımının sorunlu olduğu kanaatindedir. Zira esas sözleşmenin düzenlemelerinin içeriğinden sapmada her halükârda esas sözleşmeye aykırılık oluşur; meğerki içeriğe dair düzenlemelere riayet edildiğinde meydana gelecek durumla örtüşsün.

Yalnızca esas sözleşme metninde yer almayan münferit bir tedbir söz konusu ise, şirketin normatif düzeni olarak esas sözleşmesi değiştirilmez ve dolayısıyla şekli gereklilikler aranmaz⁵². Bununla birlikte, münferit tedbirler bağlamında esas sözleşmede gerçekleşen sapmalar olması durumunda, bunların belirli münferit karar için zımnen değiştirildiği kabul edilir⁵³. Bu açıdan bakıldığında, karar, alınan özel tedbiri içeren birinci kısma ve esas sözleşmeyi değiştiren ikinci bir kısma ayrılır⁵⁴. Artık pay sahiplerinin esas sözleşmede açıkça ifade edilen geçici bir değişiklikte böyle bir çifte karar alabileceklerinde bir tereddüt kalmamıştır⁵⁵. Ancak, yalnızca belirli bir tedbiri ifade eden bir kararı, bu tür bir çifte karar olarak yorumlamak, tüm tüzel kişiliğe dair irade açıklamaları içerisinde özellikle esas sözleşmenin yorumlanması için geliştirilen ilkelerle çelişmektedir⁵⁶. Bu ilkeler ışığında her halükârda esas sözleşmenin tüzel kişiliğe dair

⁵¹ ZÖLLNER, s. 888.

⁵² ZÖLLNER, s. 882

⁵³ ZÖLLNER, s.882

⁵⁴ ZÖLLNER, s.882

⁵⁵ ZÖLLNER, s.882-883.

⁵⁶ ZÖLLNER, s. 883

hükümlerinin objektif olarak yorumlanması gerekmektedir.⁵⁷ Bunun için asgari şart, esas sözleşmeyi değiştirmeye yönelmiş bir düzenlemenin üçüncü kişiler tarafından görülebilmesini sağlayacak bir metnin bulunmasıdır.⁵⁸ Bu noktada oy kullanan pay sahiplerinin esas sözleşmenin değiştirilmesi yönünde bir iradeye sahip olmaları ve bunun oy açıklamasında bulunanların muhatapları tarafından görülmesi yeterli değildir.⁵⁹ Bu yüzden bu şekilde belirtilen SD, esas sözleşme değişikliği kavramı içerisinde değerlendirilemediğinden SD kararı § 241 Nr. 2 AktG ile § 53 Abs. 2 GmbHG uyarınca geçersiz değildir.⁶⁰

Habersack'a göre⁶¹; SD'ler çifte içeriğe sahiptir. İlk olarak, SD'ler, önceki esas sözleşme ile uyumlu olmayan somut şirket meselesini düzenlemeye yönelmişlerdir. Bunun haricinde, esas sözleşmeyi değiştirmeyi ve bu şekilde esas sözleşmenin ihlalini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadırlar. Böylelikle SD'ler, esas sözleşmeyi ihlal eden kararlardan ayrılır. Esas sözleşmede yapılması öngörülen değişiklik nedeniyle, esas sözleşmeyi ihlal eden kararların geçerli olabilmesi için § 54 Abs. 3 GmbHG hükmü uyarınca ticaret siciline kaydedilmesi gerekmektedir. Bu noktada yalnızca kalıcı etki doğuran SD'ler için değil; aynı zamanda noktasal etki yaratan SD'ler için de ticaret siciline kayıt zorunluluğu aranmalıdır.

SD'yi esas sözleşmenin ihlalinden ayıran, pay sahiplerinin esas sözleşmeyi değiştirmeye yönelmiş iradesini tespit edebilmek için, pay sahiplerinin esas sözleşmenin çelişkili içeriği hakkındaki bilgisi ancak şirketin organizasyonunu yeniden şekillendiren kararlarla ilgili olduğu sürece dikkate alınabilir. Diğer durumlarda, pay sahiplerinin bilgisi tipik olarak yalnızca kararı iptal etme haklarından feragat ettiklerini gösterir. Bu durumlarda, genellikle

⁵⁷ ZÖLLNER, s.883

⁵⁸ ZÖLLNER, s.883

⁵⁹ ZÖLLNER, s. 883

⁶⁰ ZÖLLNER, s. 883

⁶¹ HABERSACK, Mathias: Unwirksamkeit 'zustandsbegründender' Durchbrechungen der GmbH-Satzung sowie darauf gerichteter schuldrechtlicher Nebenabreden, ZGR 2/1994, Jahr 1994, s. 373.

esas sözleşmenin açık bir ihlali söz konusudur ve tüm tarafların esas sözleşmenin çelişkili içeriğinden haberdar olması halinde bu ihlal tartışılmaz ve bu şekilde mutlaklık kazanır⁶².

Habersack'ın bir taraftan pay sahiplerinin esas sözleşmeye aykırı bir karar aldıklarının bilincinde olmaları ile diğer taraftan esas sözleşmeyi geçici olarak değiştirme iradeleri arasında yaptığı ayırım da tatmin edici değildir⁶³. Pay sahiplerinin esas sözleşmeye aykırı bir karar aldıklarının bilincinde oldukları, ancak yine de bu kararı aldıkları tespit edilebilirse, o zaman Tieves'e göre; pay sahiplerinin bu münferit durum için ana sözleşmenin geçerliliğini değiştirmek istedikleri gerçeği ortadadır⁶⁴. Habersack gibi SD kararının çifte içeriğini kabul eden Tieves de, birinci kısımda, şirket esas sözleşmesine aykırı belirli bir münferit tedbirin düzenlendiğini; ikinci kısımda ise, pay sahiplerinin eş zamanlı olarak esas sözleşmede kararlar çelişen hükmün, belirli münferit bir durumda geçerli olmayacağını kararlaştırdığını ifade eder⁶⁵. Kararın bu ikinci kısmı, pay sahiplerini kararın ilk kısmıyla ilgili olarak esas sözleşmeye uyma yükümlülüğünden kurtarmayı amaçlamaktadır⁶⁶. Bu noktada esasında iki farklı kararın söz konusu olduğu ve her birinin birbirlerinden ayrı şekilde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir⁶⁷.

Pay sahipleri, esas sözleşmeye aykırı olduğu gerekçesiyle tedbir kararını iptal etme imkanını ortadan kaldırmak için münferit bir durumda esas sözleşmeyi geçersiz kılmayı da amaçlıyorsa (esas sözleşmeyi değiştiren veya sedasyona uğratan karar), yalnızca esas sözleşmede kalıcı bir değişikliğin de geçerli olacağı aynı koşullar altında geçerli olabilir⁶⁸. Bu şekilde münferit durum için

⁶² HABERSACK, s. 373.

⁶³ TIEVES, Johannes: Satzungsverletzende und satzungsdurchbrechende Gesellschafterbeschlüsse, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, ZIP, Jahr: 1994, s. 1345.

⁶⁴ TIEVES, s. 1345.

⁶⁵ TIEVES, s. 1345.

⁶⁶ TIEVES, s. 1345.

⁶⁷ TIEVES, s. 1345.

⁶⁸ TIEVES, s. 1346.

esas sözleşmeyi geçersiz kıldığı yani sedasyona uğrattığı için, çift katmanlı kararın yalnızca bu karar içeriğinde SD söz konusudur⁶⁹.

Tieves, şirket esas sözleşmesiyle çelişen bir pay sahipleri kararının, pay sahipleri bu münferit durum için aynı zamanda esas sözleşmeyi değiştirmek isteseler, ancak karar noter tasdikli veya ticaret siciline kaydedilmemiş olsa bile, iptal edilebilir nitelikte olduğu kanaatinde⁷⁰. Böyle bir karar, pay sahiplerinin aynı anda söz konusu hususla ilgili olarak esas sözleşmeyi yürürlükten kaldırmış olmaları halinde artık iptal edilemez; ancak bu durum, kararın, esas sözleşmede yapılan kalıcı bir değişiklik gibi, pay sahipleri/genel kurul toplantısına çağrının ilan edilmesini, notere tasdik ettirilmesini ve kalıcı etki doğuran ya da noktasal etki yaratan bir karar olup olmadığına bakılmaksızın ticaret siciline kaydedilmesini gerektirir⁷¹. Bununla birlikte, tescil açısından kalıcı etki doğuran ve noktasal etki yaratan SD'ler arasındaki ayrıma gidilmesinde fayda vardır⁷². Yalnızca ilki için kalıcı esas sözleşme değişiklikleri gibi ele alınması talep edilebilir⁷³. Buna karşılık, noktasal etki yaratan SD'ler açısından kamunun bilgilendirilmesi menfaati, sicile sunulan tasdikli karara yollamada bulunan bir kayıtla yeterince karşılanmaktadır⁷⁴.

Lawall, konuyu limited şirketler açısından ele alarak 1995 yılında OLG Köln'ün verdiği bir karar üzerine SD kararlarının geçerliliğini tartışmıştır⁷⁵. SD kavramının tanımını birebir Priester ile aynı şekilde yapmaktadır⁷⁶. Bu noktada belirtilmelidir ki, şekli nitelikteki esas sözleşme hükümleri açısından SD gündeme gelmeyecektir⁷⁷. Ayrıca esas sözleşme bir anahtar klozu⁷⁸ ihtiva

⁶⁹ TIEVES, s. 1346.

⁷⁰ TIEVES, s. 1345-1346 ve 1347.

⁷¹ TIEVES, s. 1347.

⁷² TIEVES, dipnot 54, s. 1347.

⁷³ TIEVES, dipnot 54, s. 1347.

⁷⁴ TIEVES, dipnot 54, s. 1347.

⁷⁵ Bu kararın künyesi için bkz. LAWALL, Lars: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse im GmbH-Recht, DStR, Jahr 1996, s. 1169.

⁷⁶ LAWALL, s. 1169.

⁷⁷ LAWALL, s. 1169 ve 1170.

ediyorsa, buna uygun bir karar esas sözleşmeyi değiştirmeyecektir⁷⁹. Bu yüzden esas sözleşme değişikliği prosedürüne riayet edilmemesi de SD'nin varlığına yol açmayacaktır⁸⁰. Makalesinde doktrindeki görüşlere yer verdikten sonra alınan kararların iç ve dış ilişkiye etkisi ile kararın çifte içeriğe sahip olması hususlarını eleştirerek Priester'in kalıcı etki doğuran/noktasal etki yaratan karar ayrımını esas almıştır⁸¹. Sonuç itibariyle⁸² Lawall, kalıcı etki doğuran SD'lerin hukuka uygunluğu için esas sözleşme değişikliği için öngörülen gerekli şartların yerine getirilmesi ihtiyacı olduğu fikrindedir. Yalnız başına ticaret siciline kayıt, söz konusu kayıt ile değiştirilebilir. Buna karşılık noktasal etki yaratan SD'lerin noter tasdikine ve ticaret siciline kaydına da gerek yoktur. Bundan dolayı esas sözleşme değişikliğine kıyasla kolaylaştırılmış bir usulle geçerlidir. Şu hâlde noktasal etki yaratan kararların ticaret siciline kaydedilmesi kararın iptaline sebebiyet vermez⁸³.

Helmke ise, SD'nin geçerli olan ayrı/hususi bir karar kategorisi teşkil ettiği fikrindedir⁸⁴. Bununla pay sahiplerinin belirli durumlar için şirket sözleşmesinin belirlenmiş içeriğinden ayrılmalarına imkân tanınır⁸⁵. Ancak bunun için ticaret siciline tescile gidilmesine gerek yoktur⁸⁶. Böylelikle SD ile basit, esnek ve hızlı bir şekilde esas sözleşmenin elden geçirilmesi ihtiyacı

⁷⁸ 'Öffnungsklausel' olarak ifade edilen anahtar klozundan, belirli maddi esas sözleşme hüküm parçasının değiştirilmesine -esas sözleşmenin kendisinin değiştirmesine gerek olmaksızın- izin verilmesi konusunda bir yetkilendirme anlaşılır.

⁷⁹ LAWALL, s. 1169.

⁸⁰ LAWALL, s. 1169.

⁸¹ Eleştirilerin gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. LAWALL, s. 1172.

⁸² LAWALL, s. 1175.

⁸³ LAWALL, s. 1174.

⁸⁴ HELMKE, s. 53.

⁸⁵ HELMKE, s. 141.

⁸⁶ HELMKE, s. 141.

karşılanmış olur⁸⁷. Helmke'nin görüşünü özetleyen şu ifadelere bakmakta fayda vardır⁸⁸;

“Kanun, GmbHG § 3 uyarınca esas sözleşmede asgari içerik olarak yer alması gereken hükümlerin ticaret siciline kaydedilmesini öngördüğü ölçüde, SD kararları kabul edilebilir değildir. Bundan ayrılmalar, alacaklıların menfaatleri üzerinde kalıcı bir etkiye sahip olacaktır. Kanun koyucunun esas sözleşmenin bu hükümlerinin hukuki işlemler açısından taşıdığı özel önem sebebiyle her zaman tescile tabi olması yönündeki iradesi, bu hükümleri esas sözleşmenin sedasyonu halinde baştan itibaren erişilemez kılmaktadır. Ancak bu durum, § 10 GmbHG’de listelenen ve ihtiyari nitelikte tescile tabi olan diğer esas sözleşme hükümleri için de sınırsız bir şekilde de geçerli değildir. Burada, alacaklıların menfaatleri etkilenmediği sürece SD için istisnalar düşünülebilir. Esas sözleşmede öngörülen temsil yetkilerinden sapmalara, münferit durumlarda SD kararıyla izin verilir. Bu durumda ticaret siciline tescil gerekli değildir.”

Leuschner’e göre⁸⁹, SD sorunsalını sübjektif bir unsurla açıklamak sınırlı bir yaklaşım teşkil ettiğinden sapma bilincinin var olup olmamasına bir anlam yüklenmemesi gerekir. Zira bu durum tamamen sorunun ele alınmasıyla ilgilidir. O halde mezkûr yazar açıklamalarında esas sözleşmeyi ihlal eden kararların tamamen objektif olarak, münferit durumlarda genel kurul veya pay sahipleri kurulu kararının esas sözleşmenin önceki içeriğiyle çeliştiği gerçeğiyle karakterize edildiği anlayışa dayanmaktadır.

§ 243 Abs. 1 AktG hükmü, pay sahiplerine belirli durumlarda esas sözleşme değişikliğine dair hükümlerine riayet edilmeksizin esas sözleşmeden geçerli bir şekilde ayrılabilmesine imkân tanımaktadır. Bunlar içerisinde zorunlu olmayan esas sözleşme hükümleri (en azından bir seçim hakkının tanındığı) ile

⁸⁷ HELMKE, s. 141.

⁸⁸ HELMKE, s. 125.

⁸⁹ LEUSCHNER, Lars: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse bei AG und GmbH, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, ZHR 180, Jahr: 2016, s. 422,425.

pay sahipleri kurulu ya da genel kurul kararlarının en geniş anlamıyla meydana gelmesinde geçerli olan usulü hükümler sayılabilir. Bu durum, kararlaştırılan tedbirin kalıcı bir etki oluşturup oluşturmadığına ya da yalnızca noktasal bir etkiye sahip olup olmadığına veyahut pay sahiplerinin esas sözleşmeden sapmanın bilincinde olup olmadıklarına bakılmaksızın geçerlidir. Bununla birlikte, AktG § 243 Abs. 1 hükmü ile geçerlilikleri temellendirilemeyen, ancak münhasıran esas sözleşme değişikliklerine ilişkin hükümlerin ilgili olduğu, SD'ye ilişkin bir dizi karar grubu vardır. Bunlardan ilki, belirli hükümlerin esas sözleşmede mutlaka yer alması gerektiği durumlardır. İkincisi, AktG § 243 Abs.1'in hukuki sonuçlarının, esas sözleşmedeki çelişkili hükmün geçerliliğini kısıtlama amacı taşımadığı hallerdir. Bu kapsam içerisinde, zorunlu esas sözleşme hükümlerinde somutlaştırma boşluğuna yer verilmeyen haller⁹⁰ ile münhasıran negatif düzenleme içeriğine sahip kararlar⁹¹ değerlendirilebilir.

⁹⁰ Buna, anonim şirketler hukukunda çok tartışılan, yıllık genel kurulun toplantı başkanlığı görevini esas sözleşme hükümlerinden saparak geçici olarak başka bir kişiye verdiği durumu örnek gösterilebilir. Esas sözleşme hükümlerinin genel kurul veya pay sahipleri kurulu tarafından göz ardı edilmesi halinde, söz konusu hükümlerin farklı somutlaştırma dereceleri, bir düzenlemenin (kararın) diğer düzenlemelerin (esas sözleşme) geçerliliğini etkilemeksizin geçerli olduğu varsayımına izin vermektedir. Ancak burada bu somutlaştırma eksikliği söz konusudur. Esas sözleşmenin çatışan hükümleri, genel kurula veya pay sahipleri kuruluna yönelik herhangi bir somutlaştırma gerekliliği içermemekte, bunun yerine kararlar aynı derecede somutlaştırmaya sahip hükümler içermektedir. Diğer bir deyişle, esas sözleşme ve genel kurul ya da pay sahipleri kurulu kural koyarken birlikte çalışmamakta, aksine birbirleriyle doğrudan rekabet halinde bulunmaktadır. Bu da hukuki çözüm için şu anlama gelmektedir: Prensipite, çelişkili kararın esas sözleşmenin ihlali olarak yorumlanması ve AktG § 243. Abs. 1 ve 2'nin kapsamına alınması mümkün görünmektedir. Ancak bu, esas sözleşmenin çelişkili hükmüyle doğrudan çelişen bir kararın yürürlüğe girebileceği anlamına gelecektir. Bkz. LEUSCHNER, s. 422, 442/443.

⁹¹ Buna, bir limited şirketin pay sahipleri kurulunun bir ortağa esas sözleşmedeki rekabet yasağı maddesiyle çelişen bir yasal işlem gerçekleştirme yetkisi vermeye karar verdiği durum örnek gösterilebilir. Esas sözleşmedeki rekabet yasağı hükmünün uygulanmaması halinde ortaklar prensipte hareket etmekte serbest olduğundan, bu konuda izin

Üçüncüsü ise, esas sözleşmedeki belirli usulü gerekliliklere uyulmamasının geçersizliğe ilişkin eksiklik kategorisine altlanabileceği⁹² durumlardır. Belirtilen durumlarda kararın geçerliliği prensipte ticaret siciline tescili de şart koşar. SD kararlarının farklı muamelelere tabi tutulması teleolojik olarak haklı değildir ve esas sözleşmedeki münferit değişiklikler durumunda ticaret siciline kayıt (ve bir limited şirketin varlığı halinde noter tasdiki) gerekliliğinden feragat ederek hukuk yaratma yoluyla düzeltilmelidir (§§ 39 AktG ve 10 GmbHG'nin düzenleme konularını ilgilendirmedikçe). Bu tür bir teleolojik indirgeme haklıdır; çünkü ticaret siciline tescil zorunluluğu en başta gelecekteki pay sahiplerinin (şirkete katıldıklarında) soyut-genel nitelikli geçerli esas sözleşme hakkında bilgilendirilmesine hizmet eder. Buna karşılık, AktG § 243 Abs. 1 hükmü, geçmişte meydana gelen esas sözleşmeden münferit sapmalar hakkında bilgilendirilme ihtiyacının hukuken kabul görmediğini ortaya koymaktadır⁹³.

Pöschke, SD'nin esas sözleşmenin ihlali ile esas sözleşmenin değiştirilmesi haricinde ayrı bir kategori teşkil etmediğini dile getirmektedir. SD kavramı açıklanırken hukuki alanın dışına çıkmak gereksizdir ve şirketin dogmatik temellerinden istifade edilmelidir. Böylelikle hukuki belirlilik tesis edilebilecektir. SD, prensipte, bir limited şirketin pay sahipleri

anlamında pozitif bir düzenlemeye gerek yoktur. Esas sözleşmedeki hükmün geçerliliği iddiasının münferit durumlarda kaldırılması yeterlidir. Bkz. LEUSCHNER s. 422, 443/444.

⁹² Bunlardan biri karar alma usulüne ilişkin olmayan; ancak tamamlayıcı nitelikte statüye ilişkin unsurların dikkate alınmadığı hallerdir. Örneğin; bir limited şirketin esas sözleşmesinin, pay sahipleri kurulunun münferit durumlarda geçersiz kılmak istediği bir genel müdürün atanması için denetim kurulunun onayına ilişkin bir çekince öngörmesi gibi. Bu hallerden ikincisi ise statüye dair yetki hükümlerinin -paylaşımında- dikkate alınmadığı hallerdir. Örneğin; normalde pay sahipleri kuruluna verilen genel müdürleri atama görevinin esas sözleşmede ikame edici etkiye sahip bir denetim kuruluna verildiği bir limited şirkette pay sahipleri kurulunun münferit durumlarda bu hükümden sapmak ve denetim kurulu yerine bir genel müdür atamak isterse, bunun hangi koşullar altında mümkün olduğu sorusu gibi. Bkz. LEUSCHNER, s. 422, 446 vd.

⁹³ LEUSCHNER, s. 422, 457.

kurulu veya bir anonim şirketin genel kurulu tarafından esas sözleşme hükümlerinden sapan belirli bir durum için özel bir hüküm getiren, ancak esas sözleşmenin ilgili hükmünün geçerliliğini gelecekteki tüm durumlar için etkilenmeden bırakan herhangi bir karardır⁹⁴.

SD kararları, karar metninin belirli bir tedbirin düzenlenmesine ek olarak, esas sözleşmenin çelişkili hükmünün askıya alınması emrini açıkça içerecek şekilde formüle edilebilir. Buna karşılık, kararın lafzı tipik olarak somut bir tedbiri emretmekle sınırlı tutulabilir. Kural olarak, tedbir kararı ve münferit duruma ilişkin esas sözleşme değişikliği bir kayıt aracılığıyla birbirlerine bağlanmamakta, bilakis hukuki açıdan birbirlerinden bağımsız olarak öngörülmektedir. Tedbir kararının geçerliliği, objektif yorum çerçevesinde dikkate alınması gereken açık göstergeler söz konusu ise münferit duruma ilişkin esas sözleşme değişikliğinin geçerliliğinin geciktirici koşuluna tabidir. BGB § 139 hükmü tedbir kararını ve münferit durum için esas sözleşme değişikliğini içeren karara tatbik edilmelidir. Bu noktada tedbir kararının geçerliliği münferit durum için esas sözleşme değişikliğinin kaderinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Tedbir kararı hem limited şirketlerde hem de anonim şirketlerde prensipte AktG § 243 Abs. 1 hükmünün (kıyasen) uygulanması neticesinde iptal edilebilir niteliktedir. Zira tedbir kararı tanıma uygun olarak esas sözleşmeyi ihlal etmiştir. Bir tedbir kararının münhasıran statüye dair kanuni hükümleri ihlal etmesi halinde ve ayrıca ihlalin usul hükümleriyle sınırlı olması ve önemlilik teorisi (Relevanztheorie) bağlamında değerlendirildiğinde kararın sonucunu etkilemesinin ortadan kalkması durumunda iptal söz konusu olmamaktadır. Bu noktada kararın alındığı sırada ortakların veya pay sahiplerinin kararın esas sözleşmeyi ihlal ettiğinin bilincinde olup olmadıkları ve aynı şekilde ihlalin noktasal ya da kalıcı etki doğurup doğurmadığının önemi yoktur⁹⁵.

⁹⁴ PÖSCHKE, s. 353-354.

⁹⁵ PÖSCHKE, s. 355.

Pöschke'ye göre⁹⁶, istisnaen tedbir kararları yalnızca iptal edilebilir değildir; bilakis geçersizdir. Bu açıdan bu kararların 5 grupta incelenmesi gerekir. Buna göre, geçersiz olan kararlar şu şekildedir:

- 1- Bu karar, zorunlu nitelikte maddi esas sözleşme hükümleri açısından içeriğe dair düzenlemeyi ilgilendirmelidir. Örneğin; limited şirketlerde mali yılın belirlenmesi ve ihtiyari nitelikte denetim ya da danışma kurulunun oluşturulması gibi.
- 2- Esas sözleşmede yer alan bir durumun etkisi rafa kaldırılarak kararın düzenleyici içeriği bu durumda sona erdirilmelidir. Örneğin; bir limited şirket ortağının, muafiyetin genel mi yoksa yalnızca belirli bir durum için mi olduğuna bakılmaksızın, esas sözleşmede düzenlenen rekabet yasağı hükmünden muaf tutulması gibi.
- 3- Gelecekteki asgari bir uygulama durumu için esas sözleşme hükümlerinden sapmak üzere bir hüküm getirilmelidir (soyut-genel hüküm). Örneğin; bir limited şirketin denetim kurulunun seçilmiş üyelerinin görev süresinin, esas sözleşmede üç yıllık bir süre için atama öngörülmesi halinde, atama kararında öngörüldüğü üzere kendiliğinden bir yıl daha uzatılması vb.
- 4- Esas sözleşmeye göre belirli bir ortağın onay şartının eksik olması (özel sebepler dolayısıyla onay gereksiz addedilmedikçe) gündeme gelebilir.
- 5- Esas sözleşmede yer alan imtiyaz hakkının lehtarın onayı olmaksızın kısıtlanması veya geri alınması (özel sebepler dolayısıyla onay gereksiz addedilmedikçe).

Nihayetinde Pöschke, münferit durumlar için öngörülen SD'ler açısından teleolojik redüksiyon yoluyla esas sözleşme

⁹⁶ PÖSCHKE, s. 355.

değişikliği için aranılan şartlar açısından bir ayrıma giderek sonuca varmaya çalışmaktadır⁹⁷.

Peterseim⁹⁸, doktrinde SD'ye ilişkin yapılan tartışmaların ve bunun sonucunda varılan sonuçların tatmin edici olmadığına değinmektedir. Hatta güncel bir içtihadı konu olan SD kurumuna⁹⁹ ilişkin genel bir incelemede bulunduktan sonra pratiklikten yoksun bulunduğu SD kurumunun geldiği tozlu rafa yeniden kaldırılması gerekliliği düşüncesindedir. Zira şirketler hukukunda esnek bir yaşamı mümkün kılmamanın çoğunlukla geçersizlikle sonuçlanan bir kurum ile aşmanın haklı bir gerekçesi olamaz. Sonuçta SD kurumu pratikte ne gerçekleştirilebilir ne de gereklidir.

Selentin¹⁰⁰ ise halihazırda SD kurumuna ilişkin yapılan tartışmaların nihayete erdirilemediğine işaret etmektedir. Bu noktada SD'nin yapısal olarak reddi gerekir¹⁰¹. Zira metodolojik olarak tercih edilebilir bir yaklaşımla hem kanun koyucunun iradesi hem de uygulamanın ihtiyaçları karşılanabilir¹⁰². Bu bağlamda bir kararın geçerliliğini kontrol etmek için belirli bir prosedür takip edilmelidir. Öncelikle kararın içeriği değiştirilmiş esas sözleşme içeriği ile uyumlu ise yalnızca normal karar gerekliliklerine uyulmalıdır. Şayet böyle değilse, kararın içeriğinin şirket içi bir etkiye sahip olup olmadığı veya hukuk ilişkileri etkileyip etkilemediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu noktada karar yalnızca şirket içi etkiye sahipse, esas sözleşme ihlali söz konusu olup kıyasen AktG § 243 Abs. 1 hükmü uygulanır, geriye kalan hallerde askıda geçerlilikten bahsedilir. Kararın şirket harici bir etkiye sahip olması halinde, esas sözleşmede yapılacak bir değişikliğin geçerli olabilmesi için esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin hükümlere riayet edilmelidir. Bu gerekliliklere uyulmaz ise, karar § 54 Abs. 3

⁹⁷ Bu konuda varılan sonuçlar için bkz. PÖSCHKE, s. 356 vd.

⁹⁸ PETERSEİM, Christian B.: Zur (Un-) Zulässigkeit der Satzungsdurchbrechung, NZG, Jahr: 2019, s. 1255, 1258.

⁹⁹ Kararın detayları için bkz. OLG Köln, NZG 2019, 306.

¹⁰⁰ SELENTIN, Philipp: Satzungsverletzung, Satzungsänderung-Satzungsdurchbrechung? NZG, Jahr: 2020, s. 292.

¹⁰¹ SELENTIN, s. 298.

¹⁰² SELENTIN, s. 298.

GmbHG/§ 181 Abs. 3 AktG hükümleri uyarınca geçersiz, § 241 Nr. 2 AktG hükmü uyarınca batıl (kıyasen) veya § 241 Nr. 1 AktG uyarınca çağrının yapılmaması durumunda hükümsüzdür (kıyasen). Tüm pay sahiplerinin kararı onaylaması halinde ise tahvil mümkündür. Aksi takdirde, onay veren pay sahipleri tarafından borçlar hukukuna ilişkin bağlayıcı bir yükümlülüğün istenip istenmediğinin araştırılması gerekir. Genellikle böyle bir durum gerçekleşmez. Organizasyon hukukuna ilişkin düzenlemeler açısından ise bir sınırlandırma söz konusu değildir. Bu prosedür, anonim ve limited şirketler için herhangi bir sınırlama olmaksızın geçerlidir¹⁰³.

III. KAVRAMA İLİŞKİN İÇTİHATLAR

SD kavramına ilişkin çok sayıda karar olmakla birlikte içlerinden yalnızca en önemlilerine yer verilmeye çalışılmıştır.

1913 yılında İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht)¹⁰⁴, esas sözleşmeyi geleceğe yönelik olarak değiştirmeden münferit durumlarda esas sözleşmeden sapan pay sahipleri kararları sorununu ele almıştır. Her ne kadar “SD” kavramını kullanmamış olsa da esas sözleşmenin bir defaya mahsus olarak yürürlükten kaldırılmasını mümkün görmüştür. Somut olayda limited şirket sözleşmesi ek ödemelerin (Nachschüsse) talep edilmesi olgusunu öngörmemekteydi. Bununla birlikte, usulüne uygun yapılan çağrıyla toplanan pay sahipleri kurulu, sermaye katkı paylarının %50’si oranında ek ödeme yapılması için noter tasdikli ve oybirliğiyle bir karar almıştır. Karar ticaret siciline tescil edilmemiştir. İmparatorluk mahkemesi, bu özel durum için esas sözleşmenin bir kereliğine askıya alınmasının geçerli olacağını düşünmüştür. Bu cihetle, pay sahiplerinin yalın borçlar hukukuna ilişkin yükümlülüğünden oluşmayan münferit bir durum için tescili gerektirmeyen bir esas sözleşmenin sedasyonu (Durchbrechung der

¹⁰³ SELENTİN, s. 297 ve 298.

¹⁰⁴ RG Urteil vom 18.02.1913, RGZ 81, 368 ff.. Ayrıca bu karar hakkındaki açıklamalar için bkz. HELMKE, s. 16; PÖSCHKE, s.49 ve 50.

Satzung) olduğunu kabul etmiştir. İmparatorluk Mahkemesi, esas sözleşmeden bu tür bir sapmanın şekli gereklilikleri hakkında ayrıntıya girmemiştir. Ancak, görünüşe göre ticaret siciline kayıt gerekli görülmemiştir.

Alman Federal Mahkemesi'nin II. Hukuk Genel Kurulu, 1960 tarihli bir kararında¹⁰⁵, esas sözleşmedeki bir [...] hükmün geçici olarak yürürlükten kaldırılmasının hangi şartlar altında mümkün olduğu meselesini ilk kez ele almıştır. Özellikle, bir limited şirketin şirket sözleşmesinde yer alan ve bir ortağı haklı bir sebeple şirketten çıkarma hakkının, tüm ortaklar arasında yapılacak bir anlaşmayla geçici olarak geçersiz kılıp kılınamayacağına karar verilmesi gerekiyordu. Ancak somut olaydaki limited şirketin iki ortağı vardı. Alman Federal Mahkemesi, bunun “*şirket sözleşmesini değiştirmeye gerek kalmadan*” mümkün olduğunu düşünmektedir. Ancak Kurul, bu konuya sadece laf arasında değinmiş ve böyle bir anlaşmanın hukuken nasıl sınıflandırılacağı hususunda ayrıntıya girmemiştir. Yine de kararda, böyle bir anlaşmanın GmbH § 37 Abs.1 hükmü uyarınca şirket müdürü için de bağlayıcı olduğuna işaret edilmiştir. Bununla birlikte, genel olarak, söz konusu davanın gerçekten şirket sözleşmedeki hükümden bir sapmaya mı ilişkin olduğu yoksa yalnızca ortaklar arasında belirli bir süre için şirket sözleşmesine ilişkin istisna tutma hakkını kullanmamaya yönelik borçlar hukuku karakterli bir anlaşmanın mı söz konusu olduğu tartışması belirsizliğini korumaktadır.

Alman Federal Mahkemesi'nin 1981 tarihli bir kararında ise¹⁰⁶, danışma kurulunun bir üyesine limited şirket sözleşmesinde düzenlenen koşulları aşan bir ücret ödenmesine ilişkin olarak tüm ortakların onayıyla şekle bağlı kalınmayarak alınan bir kararın geçerli olup olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır. Alman

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 25. 1. 1960 - II ZR 22/59; NJW 1960, 866. Ayrıca bu karar hakkındaki açıklamalar için bkz. HELMKE, s. 18; PÖSCHKE, s. 50.

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 11.05.1981 – II ZR 25/80OLG BeckRS 1981, 31068484. Bu kararın yollama yaptığı 1960 tarihli karar arasındaki ilişki ve eleştirisi hakkında bkz. HELMKE, s. 17 ve 18; PÖSCHKE, s. 51.

Federal Mahkemesi, kararın geçersizliğini reddetmiştir. Mahkeme, gerekçesinde, şirket sözleşmesi değişikliklerinin GmbHG § 53 Abs. 2 hükmü uyarınca öngörülen usule uyulması ve ticaret siciline bir kaydın gerektirdiğini belirtmektedir. Şirket sözleşmesine genel olarak gelecekte farklı bir şekil veya içerik verilmeyecekse, ancak ortakların kararı mevcut bir şirket sözleşmesini kalıcı olarak değiştirme amacı olmaksızın yalnızca münferit durumlarda sapıyorsa, şirket sözleşmesi değişikliğinden bahsedilemez. Söz konusu kararda, kararın iptali için gereken süre geçirildiğinden kararın iptalinin mümkün olup olmadığı sorusu cevapsız kalmıştır.

Alman Federal Mahkemesi'nin 1993 tarihinde verdiği karar, bu zamana kadar SD kararlarına ilişkin ilk ve ayrıntılı tartışmayı ele almaktadır¹⁰⁷. Söz konusu davada¹⁰⁸, bir limited şirketin şirket sözleşmesi, bir denetim kurulu oluşturulduğunda, üyelerinin üç yıllık bir süre için seçilmesini öngörmekteydi. Sonrasında, ticaret siciline kaydedilmemiş veya noter tasdikinin yapılmadığı bir pay sahipleri kararına dayanılarak üç üyeden oluşan bir denetim kurulu oluşturulmuştur. Şirket sözleşmesinden farklı olarak, denetleme kurulu üyelerinin görev süresi, pay sahipleri toplantısının görevden alma kararı vermemesi halinde, her defasında bir yıl uzatılmalıdır. Taraflar şirket sözleşmesinden ayrılmanın bilincinde olmakla beraber geçici bir çözüm arayışı içindeydiler. Bu düzenlemenin arka planında, uzun yıllardır şirkette faaliyet gösteren bir genel müdür için kuşak değişimini kolaylaştırmak ve prensipte denetim kurulunda ömür boyu bir pozisyonu güvence altına almak vardı. Ayrıca, şirket sözleşmesindeki hüküm- üç yıllık görev süresi - gelecekte yeni denetim kurulu üyelerinin atanması için geçerli olmaya devam etmelidir. Alman Federal Mahkemesi, bu kararın geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Bir şirket sözleşmesi değişikliği için aranılan başlıca şekli hükümlere riayet edilmesi gerekirdi. Bu noktada, şeklen geçerli olmayan şirket sözleşmesi değişikliklerinin kabul edilebilirliği, her halükârda, kararın etkisinin söz konusu

¹⁰⁷ Doktrinde kabul edilen görüşün temellerinin bu karar ile atıldığı hususunda bkz. PÖSCHKE, s. 52. Kararın tam metni için bkz. BGH, Urteil vom 07.06.1993- II ZR 81/92 (Karlsruhe), NJW 1993, 2246.

¹⁰⁸ Ayrıca bkz. HELMKE, s. 21-22; PÖSCHKE, s. 52 vd.

tedbirle sınırlı olduğu noktasal etki yaratan durumlarla sınırlıdır. Buna karşılık, şirket sözleşmesinden ayrılan bir hukuki durum meydana getiren şirket sözleşmesi değişiklikleri, bu durum belirli bir süreyle sınırlı olsa dahi, şirket sözleşmesi değişikliği için geçerli şekil şartlarına riayet edilmeksizin geçersizdir.

Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği karar ile şirket sözleşmesinin noktasal ve kalıcı etki meydana getiren/durum değişikliğine sebebiyet veren SD'ler arasında ayrıma gidildiği görülmektedir. Şirket sözleşmesinde noktasal etki yaratan sedasyonlar geçerli iken, şirket sözleşmesinde kalıcı etki meydana getiren sedasyonların geçerliliği şirket sözleşmesi değişikliği için aranan tüm gerekliliklerine uyulmasına bağlıdır. Bu görüş, kalıcı bir etkiye sahip olan şirket sözleşmesinden bu tür sapmaların yalnızca şirket içinde önem taşımadığı, aynı zamanda daha sonraki bir tarihte şirkete katılan pay sahipleri de dahil olmak üzere hukuki ilişkileri etkilediği gerçeğiyle teyit edilmektedir. Bu bağlamda, kararın ticaret siciline tescili, hukuki ilişkilerin korunması ile yönlendirilmesine ve bilgi ihtiyacının karşılanmasına hizmet etmektedir. Bu noktada Alman Federal Mahkemesi'nin kararında, noktasal etki yaratan SD'ler için en azından noter tasdikinin aranıp aranmayacağı ve iptal edilebilir nitelikte olup olmadıkları sorunların çözümüne yer vermediği görülmektedir¹⁰⁹.

Alman Federal Mahkemesi'nin II. Hukuk Genel Kurulu 2002 tarihinde verdiği bir kararında¹¹⁰, iptal ve hükümsüzlük davasının hukuken kabul edilebilirliğinin incelenmesi çerçevesinde tüm pay sahiplerinin onay vermemiş olması halinde, bir limited

¹⁰⁹ Noktasal etki yaratan SD'ler ile kalıcı etki meydana getiren SD'lerin doğurduğu etkilerin benzerlik arz etmesi kalıcı etki meydana getiren SD kavramına ne ölçüde yer verilmesi gerektiği sorusunu doğurmaktadır. Bu kararın değerlendirmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HELMKE, s. 22-23.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 25. November 2002 - II ZR 69/01. Bu kararın tam metni için bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=5e8999654d5d68eae003819502547c3f&nr=24865&pos=0&anz=1>

şirkette noktasal etki yaratan SD kararlarının da iptal edilebilir nitelikte olduğuna hükmetmiştir¹¹¹.

Köln Yüksek Bölge Mahkemesi 1995 tarihinde verdiği bir kararında (BGHZ 123, 15ff.'e istinaden)¹¹², limited şirketin şirket sözleşmesinden farklı bir hukuki statü tesis eden SD'lerin (denetim kurulu üyesinin seçimine ilişkin pay sahipleri kararları), şirket sözleşmesi değişiklikleri için geçerli olan şekli gerekliliklere uyulmaksızın geçersiz olduğuna ilişkin içtihadı şirket sözleşmesine karşılık gelen “genişletmeler” veya “tamamlamalar” için de uygulanacağına hükmetmiştir. Buna göre, kanunen öngörülen şekle uyulmaması sebebiyle şirket sözleşmesinde yapılacak değişiklikler, tamamlamalar veya sedasyonlar, istikrarlı olmayan davranışlarla özellikle de pay sahiplerinin uzun süredir devam etmeyen zımni uygulamaları yoluyla ortaya çıkamaz.

Dresden Yüksek Bölge Mahkemesi'nin 2011 tarihinde verdiği bir kararında¹¹³, kârın kullanımına ilişkin kararların sürekli/kalıcı bir etki meydana getirdiğinden yalnızca noktasal etki yaratan SD'ler olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi'nin 2016 tarihinde verdiği bir karara göre¹¹⁴, limited şirketin organ üyelerinin somut temsil yetkilerinin ilanı, soyut nitelikli temsil düzenlemeleriyle uyumlu olmasını gerektirir. Bu tür soyut nitelikli temsil düzenlemelerinin değiştirilmesi her ne kadar SD olarak görülse dahi bunlar için noter tasdiki gerekir. Kararın ayrıntılarına baktığımızda¹¹⁵; tasfiye memurlarının pay sahiplerinin kararlarında soyut temsil yetkisini düzenleyen şirket sözleşmesine yapılan ilave [“... Şirket sözleşmesine şu ekleme yapılmıştır: Şirketin bir veya daha fazla tasfiye memuru vardır. Bir tasfiye memuru şirketi tek

¹¹¹ BGHZ 123, 15'i dayanak gösteren bu kararın değerlendirmesi için bkz. PÖSCHKE, s. 54.

¹¹² OLG Köln, Urteil vom 11.10.1995 - 2 U 159/94, MittRhNotK, 1996, 138.

¹¹³ OLG Dresden, Beschl. v. 9. 11. 2011 – 12 W 1002/11, NZG 2012, 507.

¹¹⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.09.2016- I-3Wx 130/15=BeckRS 2016, 18636.

¹¹⁵ RnotZ 2017, 110.

başına temsil eder; birden fazla tasfiye memuru varsa, şirket iki tasfiye memuru tarafından müştereken temsil edilir. Pay sahipleri kararı ile tüm tasfiye memurlarına veya münferit tasfiye memurlarına aşağıdaki yetkiler verilebilir: - BGB § 181'deki kısıtlamalardan muafiyet ve - şirketi münferiden temsil etme yetkisi. ...”] ile en azından aynı anda tescil edilmezse, ilan edilmiş bir somut temsil düzenlemesi ([“Bay G. S. şirketin tasfiye memuru olarak atanmıştır: Bay G. S., ... Daima şirketi tek başına temsile yetkilidir ve § 181 BGB'nin öngördüğü sınırlandırmalardan muafır.”] BGB § 181 hükmündeki kısıtlamalardan muaf tutulma açısından ticaret siciline tescil edilemez. Zira kalıcı etkisi açısından durum değişikliği meydana getiren SD teşkil eden pay sahipleri kararı noter tasdikli değildir ve bundan dolayı karar oybirliğiyle alınsa dahi geçersizdir.

Köln Bölge Yüksek Mahkemesi'nin 2018 tarihinde verdiği bir kararında¹¹⁶, limited şirket sözleşmesinin kalıcı durum değişikliğine sebebiyet veren sedasyonu (SD) yalnızca GmbHG'nin § 53 ve 54 hükümlerinde belirtilen koşullar altında gerçekleşeceğine hükmetmiştir. Bunun için alınan kararın esas sözleşme belgesine geçirilmesi gerekir.

Alman Federal Mahkemesi 2019 tarihinde verdiği bir kararda¹¹⁷ şirket karşısında ortaklar listesinin meşrulaştırıcı etkisine anahtar klozuyla SD arasındaki ilişkisi çerçevesinde değinmiştir. Buna göre, bir limited şirkette şirket payının müsaderesinden sonra, müsadereden etkilenen kişiyi artık ortak olarak tanımayan yeni bir ortaklar listesini ticaret siciline ilan etmek üzere asliye ticaret mahkemesine sunması ihtiyati tedbir kararıyla yasaklanmışsa, mahkeme kararına aykırı olarak ticaret siciline değiştirilmiş bir ortaklar listesi sunulmuş ve sicil dosyasına dahil edilmişse, şirketin GmbHG § 16 Abs.1 hükmü bağlamında şekli meşrulaştırıcı etkiye dayanmasını dürüstlük kuralı engeller. Şirket sözleşmesindeki bir anahtar klozuna istinaden bir limited şirkette bir denetim kurulunun kurulması, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi değildir ve

¹¹⁶ OLG Köln, Beschl. v. 24.8.2018 – 4 Wx 4/18, FGPrax 2018, 261.

¹¹⁷ BGH, Urteil vom 2.7.2019 – II ZR 406/17, NJW 2019, 3155.

yetkilendirme yeterince belirli ise ve kurulma kararının kanunu ya da şirket sözleşmesini ihlal etmemesi halinde, şirket sözleşmesi değişikliği için geçerli hükümlere riayet edilmeksizin geçerlidir.

Bir limited şirketin ortaklarının oy verme konusunda yapmış oldukları anlaşmayı ihlal ederek şirket sözleşmesindeki kurulu düzeni dolanmasına bağlanan hüküm ve sonuçları SD kararına indirgeyerek çözüme kavuşturan güncel bir karara Celle Yüksek Bölge Mahkemesi imza atmıştır¹¹⁸. Buna göre; dışarıdan atanan bir genel müdürün azledilmesi halinde, tıpkı üçüncü kişiler gibi azil kararına karşı hükümsüzlük davasının tespiti davasını açması mümkündür. Bu bağlamda dışarıdan bir genel müdüre, etkili bir hukuki koruma sağlamak için geçici hukuki korumadan yararlanma imkânı verilmelidir. Bir oylama taahhüdüne (Stimmbindung) aykırı olarak kullanılan bir oy prensipte geçerlidir. Ancak bu durum, limited şirketin tüm ortaklarının kendi aralarında somut bir oy verme taahhüdünde bulunmuş olmaları halinde farklılaşır. Zira aksi takdirde oy verme taahhüdünün öngördüğü sonucu ortaya çıkarma yükümlülüğünün münferiden yaptırımı bağlanması yalnızca formaliteden ibaret kalacaktır. Taahhüt edilen bağlayıcılığın bilincinde olarak bir SD kararının açıkça alınması durumunda, oy verme hakkının bağlayıcılığına aykırı olarak oy verme davranışı dürüstlük kuralının bir ihlali olarak görülebilir.

IV. SONUÇ: GÖRÜŞÜMÜZ VE DEĞERLENDİRMEMİZ

Türk literatüründe SD kurumuna ilişkin -incelediğimiz kadarıyla- hiçbir açıklamada bulunulmadığına tanık olunmuştur. Bu yüzden SD hakkında yapılan açıklamalar ışığında bu kavrama Türkçe bir karşılığın bulunması gerekliliği hasil olmuştur. Bu bağlamda SD'nin Türkçe karşılığı tarafımızca '*esas sözleşmenin sedasyonu*' olarak tespit edilmiştir. Zira sözlük anlamıyla sedasyon, hastanın rahatlamasını ve sakinleşmesini sağlamak için kullanılan, bölgesel anesteziyi desteklemek amacıyla erişkinlerde damar içine özel ilaç, çocuklarda şurup vb. ile uygulanan, hastanın hava yolunu açık tutabildiği, fiziksel uyarılara ve

¹¹⁸ OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 8.9.2022- 9 U 72/22, NZG 2023, 71.

sözlü komutlara uygun cevabı verebildiği sakinlik ve uyku halidir¹¹⁹. Zira bir anonim şirketin esas sözleşmesinin sedasyonu -esas sözleşmeyi bir canlı bir organizma olarak düşündüğümüzde- tüm düzenin, yani temel yapının askıya alındığı veyahut ortadan kaldırıldığı anlamına gelmemektedir. Ayrıca esas sözleşmenin sedasyonu ile mevcut esas sözleşme hükmüne etkide bulunma olgusundan yola çıkıldığı da belirtilmelidir. Gerçekten de, Alman hukukunda yapılan tanımda da görüldüğü üzere; esas sözleşmenin belirli bir hükmü münferit bir durumda alınması gerekli tedbire istinaden işlevsiz kılınmakta, adeta belirli süreliğine uyutulmaktadır. Bu sırada esas sözleşmesel düzen bu tedbire karşılık gelen -pay sahiplerince alınan karar çerçevesinde öngörülen- hüküm dışında varlığını aynı şekilde devam ettirmektedir. Diğer bir deyişle, o an mevcut olan bir esas sözleşme hükmünün varlığı karşısında çaresiz kalan pay sahiplerin münferiden acil bir önlem olarak daha hızlı, pratik ve kolay hareket etmenin yollarını aramaktadır. Çare de esas sözleşmenin sedasyonu kurumudur. Bu kurumun gereksizliği - Alman hukukunda ileri sürüldüğü üzere- iddiasında bulunulabilirse de kanun koyucunun mükemmeliyetçi olmayan yapısı¹²⁰ ve şirketler hukukunun dinamizmi karşısında her zaman karşılaşılabilecek bir olgudur. Bu noktada esas sözleşmenin sedasyonu açısından yapılan ayrımlar ve bu ayrımlara bağlanan hukuki sonuçların yerindeliği tartışılabilir niteliktedir¹²¹. Zira kalıcı etki doğuran/noktasal etki yaratan kararlar örneğinde olduğu gibi bu ayrımlar farazi mahiyettedir¹²². Keza esas sözleşmenin sedasyonu için mevcut esas sözleşmeden sapma bilincinin varlığı zaten hali hazırda kavrama mündemiçtir, ‘yani karar alınırken böyle bir amacımız yok idi’ şeklindeki bir savunma kavramın bütünüyle reddi sonucunu doğurur. Zira kanaatimizce alınan kararın şirkete etkileri zaman içerisinde görülebileceğinden böyle bir ayırım tutarlı değildir. Bu yüzden kararı alan pay sahiplerinin iradesinin hangi

¹¹⁹ Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>

¹²⁰ Olması gereken hukuk açısından benzer yönde bkz. UEBERFELDT, s. 48.

¹²¹ Gerçekten de kararın ayrımlara tabi tutarak, bu ayrımlara farklı hüküm ve sonuçlar bağlama düşüncesi bu kararın noktasal etkiye sahip olmasına rağmen mevcut esas sözleşmedeki bağlantılı hükümlere dolaylı da olsa etki bulunma olasılığı karşısında esas sözleşmesel düzene bütünüyle hâkim makul dengenin bozulmasına sebebiyet verebilir. Bu tehlike, SD’nin Türkçe karşılığını oluşturan esas sözleşmenin sedasyonu ile uyumludur. Zira sedasyonda da, hastanın normalde görülmeyen başkaca komplikasyonlara maruz kalması her zaman ihtimal dahilindedir.

¹²² Tıpkı kararın çifte içeriğe sahip olması durumunda olduğu gibi.

yönde tezahür ettiğine bakılmalı, yani iradeleri yoruma tabi tutulmalıdır. Bu noktada esas sözleşmenin sedasyonunu esas sözleşmenin ihlali ya da esas sözleşmenin değiştirilmesi olarak göremeyiz. Bunun sebebi, esas sözleşmenin değiştirilmesi için gerekli kanuni prosedürün zaten tam anlamıyla yerine getirilmemiş olmasıdır. Bu bağlamda bazı şartlardan kanunda öngörülme hallerine özgü olarak sarfinazar etmek açıkça kanuna karşı hile teşkil eder. Ancak bazı durumlarda geçici tescil şerhi gibi kanunda öngörülen imkanlardan¹²³ yararlanarak var olan çözümleri kullanmak, hukuki dayanak bulmak açısından güzel bir örnek teşkil eder. Diğer taraftan esas sözleşmenin ihlalinin söz konusu olup olmadığı ihtimaller göz önünde tutularak ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Ancak şunu itiraf etmek gerekir ki, ihlalin azı ya da çoğu olmaz. Bu yüzden burada kendine özgü bunların dışında üçüncü bir kategori vardır. Bunun varlığını -birebir aynı olmamak; ama benzer mantıkla yürüyen bir mekanizma- halihazırda TTK m. 625/2 hükmünde görebiliriz. Bu konuda kanaatimizce -ayrıntılara girmeden- a bendinde belirli kararlar konusunda genel kurulun takdir yetkisi yok iken¹²⁴, b bendinde kararı zaten genel kurul alır ki; karar üzerinde takdir yetkisi evleviyetle vardır¹²⁵. Haliyle esas sözleşmenin sedasyonu münferit bir duruma özgü olarak limited şirket genel kurulunun, yani ortaklar kurulunun karar alması olgusuna denk gelir. **Buradan çıkacak sonuç sudur: Ayrık durumlar için çözümü kanunda aramak esas ise de şirketler hukukundaki katı düzenin ortaya çıkardığı engelleri daha kolay ve hızlı bir şekilde aşmanın yolları her zaman aranabilir ve böyle bir kurum ortaya çıkarılabilir.**

Örneğin; anonim şirket esas sözleşmesinde müdür olacak kişiler açısından aranan eğitim şartını taşımayan bir kişi ortakların almış olduğu bir kararla genel müdür olarak seçilmiş olsun. Böyle bir durumda SD'nin

¹²³ Diğer bir imkana örnek olarak; çağrısız genel kurula ilişkin TTK m. 416 hükmü gösterilebilir.

¹²⁴ Bundan kastımız kabul ya da rettir; ki TTK m. 616/2-a bendi bu görüşü destekler.

¹²⁵ a bendinde belirli kararlar denilerek, kesin bir dille şirket sözleşmesinde belirtilen hususlarda kararı müdürler kurulu alır; sonrasında icra edilebilirliği için genel kurulun onayı aranır. Oysaki b bendinde münferit sorunların genel kurulun onayı sunulmasında müdürler kurulu kararı almaz; o sorun hakkında genel kurulun karar alması beklenir. Buradaki onayı bu şekilde yorumlamazsak, o halde iki bent arasında bir farklılığın da olduğundan bahsedilemez. Kanun koyucu abestle işteğal etmez!

varlığından söz edilebilir. Bunun sebebi esas sözleşmedeki ilgili düzenlemeye ve bu konuda herhangi bir sapmaya izin verilmemiş olmasına rağmen esas sözleşme değişikliğine dair usule uyulmaksızın¹²⁶ pay sahiplerinin münferit bir işlemi gerçekleştirme amacıyla bu yönde karar almalarıdır. Bu noktada SD'nin esas sözleşmenin ihlali olarak mı yoksa esas sözleşmenin değiştirilmesi olarak mı ele alınması gerektiği kararı alan ortakların iradelerinin yoruma tabi tutulmasını gerektirir. Bu bağlamda şirket adına temsile yetkili olmayan müdür¹²⁷ hukuki işlem yapmışsa ve şirket bunu kabul ediyorsa ortakların iradesinin esas sözleşmenin değiştirilmesi yönünde olduğu söylenebilir. Bu takdirde ortakların esas sözleşme değişikliğine ilişkin kanuni gereklilikleri yerine getirmesi gerekir. Bununla birlikte şirket temsile yetkili olmayan müdürün kendisi adına yaptığı hukuki işlemi kabul etmez ise esas sözleşme ihlalden bahsedilebilir. Bu takdirde müdür seçimine dair kararın iptali düşünülmelidir (TTK m. 445/1 hükmü uyarınca).

Türkçe karşılığı ve hukuki niteliği ortaya konulan SD'ye bağlanan hukuki sonuç ne olmalıdır? Bu soruya cevap verirken her daim SD'nin ayrı bir kategori teşkil ettiği göz önünde tutulmalıdır. Zira Alman hukukunda yaklaşık 80 seneden beridir tartışılabilen bu kurumun nitelendirmesinde ve buna bağlı yapılan değerlendirmelerde kaçırılan bir nokta söz konusudur. Bu nokta, bağımsız bir varlığa sahip bu kurumun sonradan bir kategoriye dahil edilmesi gerekliliğidir. Oysaki farazi ayrımlara başvurularak bu kategorilere doğrudan dahil etme çabaları kavramı açıklamada yetersiz kalmıştır. Zira TTK m. 625/2 hükmü gibi bir düzenleme Alman hukukunda olmadığından bu tartışmalar yapılmaktadır. Gerçekten de OR Art. 811 hükmüne yer veren İsviçre hukukunda¹²⁸ esas sözleşmenin sedasyonu tartışması hiç yapılmamıştır. Ancak şu da bir gerçektir ki, söz konusu hüküm işletilmezse, yani kullanılmazsa bu sorunla her daim baş başa kalınabilir. Bahsettiğimiz nokta açısından kademeli bir yaklaşım sergilenmelidir. Öncelikle pay sahiplerinin karar alırken iradeleri yorumlanarak var olan esas sözleşme metni değiştirilmek isteniyorsa artık kanunda esas sözleşmeyi değiştirmek için gerekli prosedüre riayet edilmelidir; aksi halde alınan karar kural olarak iptal

¹²⁶ Bkz ve karşılaştırınız. TTK m. 452 vd.

¹²⁷ TTK m. 371 hükmünün temsile yetkili olmayan müdüre uygulanması söz konusu değildir. Bu yüzden yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmelidir.

¹²⁸ İsviçre hukukundaki düzenlemeyi alırken tercüme hatasının yapılmadığını belirtmemiz gerekir.

edilebilir mahiyettedir; meğerki kararın butlanını gerektiren (yokluk?) bir durum söz konusu olmasın. Şayet böyle bir değiştirme iradesi tespit edilemediyse artık esas sözleşmeye bir aykırılığın olup olmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca bu sırada akla gelebilecek bir soruyu da cevaplamak gerekebilir. **O da: Esas sözleşmenin değiştirilmesi ile esas sözleşmenin ihlali bir arada bulunabilir mi?** Her iki kavramın iç içe geçmesi dolayısıyla en başta olumlu cevaplanması düşünülebilir bu sorunun cevabı hayırdır. Zira esas sözleşmenin değiştirildiği yerde mevcut esas sözleşme hükmünün zaten varlığı reddedilmektedir. Haliyle esas sözleşmenin değiştirildiği yerde esas sözleşmenin ihlali barınmaz (vice versa). Değerlendirmeye dönecek olursak; mevcut esas sözleşme hükmünün ihlali neticesinde genel kurul kararlarının geçersizliği bağlamında bir inceleme yapılarak sonuca varılmalıdır. Ayrıca burada Alman hukukunda limited şirketler açısından benimsenmeyen emredici hükümler ilkesinin hukukumuz açısından geçerli olduğunu hatırlatmakta fayda vardır.

Bu anlatılanlar ışığında aslında Alman hukukunda SD'yi en başta kategorize etme çabası metodolojik olarak yanlıştır. Haliyle buna bağlanan sonuçların ne olacağı konusunda belirsizliklere sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda SD ile anlatılmak istenilen; geçerli ve mevcut olan bir esas sözleşme hükmünde yer alan bir konuya ilişkin olmak üzere pay sahiplerinin esas sözleşme değişikliğine prosedürüne başvurmaksızın münferit bir duruma özgü olarak karar almalarıdır. Görüldüğü üzere, geçerli olmayan bir esas sözleşme hükmünün SD'ye konu olması söz konusu değildir. Bu yüzden metodolojik olarak en başta ve en sonda ayrı ayrı esas sözleşme hükümlerinin geçerlilikleri tartışılmalıdır. Diğer bir deyişle SD'ye konu olan mevcut esas sözleşme hükmü geçerli ise, sedasyona uğrıtılacak esas sözleşme hükmü hakkında pay sahiplerinin aldıkları kararın özündeki irade araştırılmalıdır. Bu iradenin hangi yönde olduğu yorum yoluyla açıklığa kavuşturulmalıdır. Bunun neticesinde ortada ya esas sözleşme hükmünün değiştirilmesinden ya da esas sözleşmenin ihlalden bahsedilebilir. Bunun için de SD'nin geçerli olması gerekir. Ancak dikkat edilecek olursa Alman hukukunda SD'yi en başta kategorize etme çabası beyhudedir; ki bu halde her daim geçersiz bir karar ile karşı karşıya kalınır.

Sonuç itibariyle SD'nin kendine özgü bir karaktere sahip olduğunu belirtmemizin sebebi bu kavramın tam karşılığının TTK'de düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bundan ötürü SD açısından yalnızca Kanunda düzenlenen hususlara ilişkin bir değerlendirmede bulunma imkânı söz konusudur. Bunun sonucunda

İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU

SD'ye Kanun'da düzenlenen esas sözleşmenin ihlaline ya da esas sözleşmenin değiştirilmesine bağlanan hüküm ve sonuçların (kıyasen) uygulanması gerekir. Bu yargı, isimsiz sözleşmelere uygulanacak kanun hükümlerinin belirlenmesi olgusuyla eş değerdir. Nihayetinde Alman hukukunda süregelen bu tartışma tam manasıyla kıyas müessesinin göz ardı edilmesinin ve şekilci yaklaşıma (kategorize etme kaygısı) sıkı sıkıya sarılmanın bir eseri, hatta 'bedeli'dir.

KAYNAKÇA

- BOESEBECK, Ernst: ‘Satzungsdurchbrechung’ im Recht der AG und GmbH, NJW, Heft: 50, 13. Jahrgang, Jahr: 1960, s. 2265-2267.
- HABERSACK, Mathias: Unwirksamkeit ‘zustandsbegründender’ Durchbrechungen der GmbH-Satzung sowie darauf gerichteter schuldrechtlicher Nebenabreden, ZGR 2/1994, Jahr 1994, s. 354-374.
- HELMKE, Britta: Satzungsdurchbrechungen bei der GmbH, Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft des Fachbereichs Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg, Hamburg 2001.
- LAWALL, Lars: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse im GmbH-Recht, DStR, Jahr 1996, s. 1169-1175.
- LEUSCHNER, Lars: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse bei AG und GmbH, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, ZHR 180, Jahr: 2016, s. 422-457.
- MÍCHALSKI, Lutz/ HEIDINGER, Andreas/ LEIBLE, Stefan/SCHMÍDT, Jessica: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2023, [MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53, Rn.
- PETERSEIM, Christian B.: Zur (Un-) Zulässigkeit der Satzungsdurchbrechung, NZG, Jahr: 2019, s. 1255-1258.
- PÖSCHKE, Moritz: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse in GmbH und AG, Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 1. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2020.
- PRIESTER, Hans Joachim: Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung (Voraussetzungen und Grenzen satzungsdurchbrechender Beschlüsse) ZHR 151, Jahr: 1987, s. 40-58.
- SELENTIN, Philipp: Satzungsverletzung, Satzungsänderung-Satzungsdurchbrechung? NZG, Jahr: 2020, s. 292-298.

İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU

TIEVES, Johannes: Satzungsverletzende und satzungsdurchbrechende Gesellschafterbeschlüsse, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, ZIP, Jahr:1994, s. 1341-1347.

UEBERFELDT, Werner: Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung im Vereinsrecht und Aktienrecht, 1. Auflage, Industrie- Verlag u. Druckerei Akt. Ges., Düsseldorf 1934.

ZÖLLNER, Wolfgang: Satzungsdurchbrechung, Festschrift für Hans-Joachim Priester, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2007, s. 879-893.

Alman Hukukunda Ortaklık Esas Sözleşmesinin Sedasyonu (SD) Kavramı Hakkında Bir
Değerlendirme

SPOR ANONİM ŞİRKETLERİ ÖZELİNDE SPORDA ŞİRKETLEŞME

Serdar DEMİRÇİ*

ÖZ

Spor, fiziksel zindeliği ve mental sağlığı geliştirmeyi amaçlayan, sosyal ilişkiler kurmaya sebep olan, gerek yapana gerekse izleyicisine keyif veren, belirlenmiş rekabet ölçüleri içinde her seviyede bir yarışmaya dayanan fiziksel aktivite ve oyun türüdür. Sporun kökleri, insanlığın var oluş mücadelesinde hayatta kalabilmek amacıyla yaptıkları bedensel hareketlere dayansa da, insanlık tarihinin geçirdiği evrimle birlikte spor da önceleri boş vakitleri geçirmeye yönelik bir eğlence ve keyif arayışı haline gelmiş, sonrasında profesyonelleşerek bir meslek niteliğini kazanmıştır. Küreselleşen yeni dünya düzeni, her alanda olduğu gibi siyasal ve ekonomik yapı içinde önemli bir yere sahip spor kavramının da yeniden tanımlanmasına neden olmuştur.

Günümüzde spor, niteliksel anlamda yaşadığı değişikliklerle bir endüstri haline gelmiştir. Spor kulüpleri gelişen ekonomi, artan rekabet ve profesyonel yönetim anlayışı dahilinde, sportif açıdan başarılı olmak ve bu sayede ekonomik kazanç elde edebilmek amacıyla farklı yapısal arayışlar içine girmiştir. Başta futbol olmak üzere, sporun çoğu dalında söz konusu yapısal değişiklikler

* Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: serdardemirci@karatekin.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6450-9824.

Makalenin Gönderim Tarihi : 04.12.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 28.05.2024.

şirketleşmeyi kaçınılmaz hale getirmiştir. Ülkemizde de, spor kulüpleri bir taraftan vergi avantajlarından yararlanmak için dernek statüsünde faaliyetlerini devam ettirmiş, diğer taraftan ticari faaliyette bulunma, gelir kaynaklarını artırma, kurumsallaşma ve profesyonelleşme gibi amaçlarla şirketleşme eğilimine yönelmiştir. Ancak hukukumuzda sporda şirketleşmenin yasal zeminine ilişkin eksiklik, yeni bir kanun ihtiyacını doğurmuştur. Bu amaçla yürürlüğe giren 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu ile birlikte, spor kulüpleri, spor anonim şirketleri ve spor federasyonları tek bir yasal çatı altına alınmış; sporda şirketleşme adına önemli sayılacak bir gelişme olarak spor anonim şirketleri, kuruluşları, hissedarlık yapısı, yönetimleri ve diğer önemli hususlar yasal düzenlemeye tabi kılınmıştır. Bu temelde çalışmamızda da, ilgili yasalar ve ikincil düzenlemeler ışığında spor kulüplerinin şirketleşme süreci ve spor anonim şirketlerinin temel nitelikleri inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Spor, spor kulübü, şirketleşme, anonim şirket, spor anonim şirketi.

CORPORATIZATION IN SPORTS IN THE CONTEXT OF SPORTS JOINT STOCK COMPANIES

ABSTRACT

Sport is a type of physical activity and game that aims to improve physical fitness and mental health, leads to social relationships, brings pleasure to both the practitioner and the spectator, and is based on competition at all levels within defined competitive limits. Although the roots of sports are based on the physical movements of humanity in order to survive in the struggle for existence, with the evolution of human history, sports first became an entertainment and pleasure pursuit to spend leisure time, and then professionalized and became a profession. The new globalized world order has led to the redefinition of the concept of sport, which has an important place in the political and economic structure as in every field.

Today, sport has become an industry with qualitative changes. In the context of developing economy, increasing competition and professional management approach, sports clubs have entered into different structural searches in order to be successful in terms of sports and thus to gain economic gain. These structural changes in most branches of sports, especially football, have made corporatization inevitable. In Turkey, sports clubs, on the one hand, have continued their activities under the status of association in order to benefit from tax advantages, and on the other hand, they have tended towards

incorporation for the purposes of commercial activities, increasing their income sources, institutionalization and professionalization. However, the lack of a legal basis for incorporation in sports in our law has led to the need for a new law. With the Law No. 7405 on Sports Clubs and Sports Federations, which entered into force for this purpose, sports clubs, sports joint stock companies and sports federations were brought under a single legal umbrella, and sports joint stock companies, their establishment, shareholding structure, management and other important issues were subject to legal regulation. On this basis, this study examines the incorporation process of sports clubs and the basic characteristics of sports joint stock companies in the light of the relevant laws and secondary regulations.

Keywords: Sports, sports club, incorporation, joint stock company, sports joint stock company.

I. GİRİŞ

Tarihsel süreç ve kültürel değerler dahilinde spor, toplumdan topluma, dilden dile farklı anlamlar içermiştir. Sporun çeşitliliği de kavramsal açıdan net bir tanımlama yapılmasını zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte “spor” kelimesi dilimize, etimolojik kökeniyle [Fransızcadaki](#) “*eğlence, fiziksel ve zihinsel zevk*” anlamlarına gelen “desport” kelimesinden türeyen “spor” kelimesinde geçmiştir¹.

Spor esasında, belirli kurallar dahilinde, bireysel ya da [takım](#) halinde ve genellikle rekabete dayalı şekilde eğlence amaçlı ya da mükemmelliğe ulaşmak için yapılan fiziksel veya zihinsel aktivitelerin bütünüdür. Sporun genel kabul gören ortak bir tanımı olmamakla birlikte bilimsel anlamda spor; “*bireyin doğal çevresini insani çevre haline getirirken elde ettiği kabiliyetleri geliştiren, katı kurallarla çevrili, araçlı veya araçsız, ferden veya grupla boş zaman ya da tüm zamanı alacak şekilde yapılan, üst düzeyde yapıldığında fizyolojik, psikolojik ve estetik özellikleri gerekli kulan, ruh ve fiziği geliştiren, rekabetçi, sosyalleştirici, anatomi, fizyoloji, ortopedi, biyo-mekanik, psikoloji gibi muhtelif bilim*

¹ Orhan, Ümit/Özkurt, Emin: Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 29-30; Aslan, Mehmet: Spor Anonim Şirketleri, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2022, s. 5.

dallarının yardımı ile gelişen, pedagojik, sosyolojik ve biyolojik içeriği olan bilimsel bir olgu” şeklinde değerlendirilmektedir².

Spor, aslında eski çağlarda insanların kendilerini korumaya ve bedensel eğitimlerine yönelik yaptıkları birçok aktivitenin günümüz modern dünyasında şekil ve anlam değiştirmiş halidir. Buna karşın ilk insanların zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak ve hayatta kalabilmek amacıyla icra ettikleri avcılık, toplayıcılık vb. faaliyetlerin spor olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir. Yerleşik hayata geçilmesiyle birlikte insan oğlunun temel gereksinimlerini daha kolay karşılayabilmesi, hayat kalitesinin artması ve boş vakitleri değerlendirecek eğlence arayışı, bir oyun olarak sporu insan yaşamına sokmuştur³. Sanayi devrimi sonrasında kırsal nüfusun şehirlere yönelmesiyle birlikte spor, kendi seyircisini oluşturan, büyük kitlelerin izlemeye başladığı bir etkinlik haline gelmiştir. Zamanla sporun boş zaman faaliyeti ve oyun olma özelliği, sporda profesyonelleşmeyle birlikte önemini yitirmiştir. Profesyonelleşme sporu bir meslek niteliğine büründürürken, işin eğlence yönünü de sporcudan ziyade seyirciye yönlendirmiştir⁴.

Toplumsal ilginin artması ve profesyonelleşmeyle birlikte sporda organizasyonel bir yapının varlığı ihtiyaç haline gelmiştir. Yakın bir zamana kadar spor, daha çok insanların gönüllülük esasına göre bir araya gelerek oluşturdukları, kazanç amacı gütmeyen örgütler altında yürütülmüştür. İlerleyen zamanda küçük gruplar bir araya gelerek kulüpleri, kulüpler ulusal spor federasyonlarını, ulusal spor federasyonları da uluslararası spor örgütlerini oluşturmuştur. Ancak teknolojik gelişmeler ve ticari kaygılar nihayetinde sporu evrimleştirerek

² İnal, Ali Niyazi: *Beden Eğitimi ve Spor Bilimi*, 6. Basım, Nobel Yayınevi, Ankara 2020, s. 4; Gezgin, Mehmet Fikret/Amman, M. Tayfun: *Temel Eğitimde Yararlılık Açısından Spor Olgusu, Eğitim Kurumlarında Beden Eğitimi ve Spor II. Ulusal Sempozyumu Manisa*, MEB Yayınları Ankara 1993, s. 13; Erten, Rıfat: *Türk Sporunun Yapısal Düzeni*, Gazi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 1,2, Yıl: 2006, s. 120.

³ Reid, Heather: *Introduction to the Philosophy of Sport*: Rowman & Littlefield Publishers Inc., Maryland 2012, s. 66.

⁴ Talimciler, Ahmet: *Endüstriyelleşen Sporun/Futbolun Geleceği. Sosyoloji Dergisi*, Armağan Sayısı, Yıl: 2016, s. 171; Kaplan, Defne Öcal: *Antropolojik Açıdaın Oyun ve Spor İlişkisi. Yaşam Pratikleriyle Dönüşen Oyun*, Ütopya Yayınevi, Ankara 2016, s. 40-41.

küreselleştirmiştir⁵. Bunun sonucu olarak günümüzde spor tüm paydaşlar bakımından küresel çapta ticari kazanç sağlayan rekabetçi bir pazar haline gelmiştir⁶.

Sporun yaygınlaşarak geniş kitlelere hitap etmesi, sporun ticarileşmesini kaçınılmaz kılmıştır. Avrupa’da olduğu gibi ülkemizde de futbol ve basketbol artık birer endüstri haline gelmiştir. Gelişen ilgiye paralel olarak artan izleyiciyi sayısı, ilgili spor dalında hacimsel gelişmeyi ve spor kulüplerinin ekonomik büyümesini tetiklemiştir. Nitekim geniş izleyici kitlelerine hitap edecek büyük statların inşa edilmesi, beraberinde bilet satışlarındaki artış, taraflara yönelik muhtelif ürünlerin pazarlanacağı mağazaların açılması, reklam ve yayın gelirleri, yayın haklarının devri, bahis gelirleri, kripto varlıkların ihracı gibi son dönemde gelişen birçok yeni gelir türü, spor kulüplerinin maç gelirlerinin çok ötesinde yeni ticari kazançlar elde etmesine sebep olmuştur⁷. Söz konusu girdiler aynı zamanda seyircinin spor kulüplerinden beklediği başarıyı ve tatmin düzeyini artırmış, bu ise daha başarılı sporcular, yüksek transfer ücretleri, kulüplerin yüksek teknik ve alt yapı maliyetleri gibi birçok yeni gider kalemini doğurmuştur. Giderlerin karşılanması ve beklentilere cevap verilmesi daha fazla seyirci, daha yüksek kazanç ve daha çok gider şeklinde döngüsel bir süreç yaratmıştır. Bu itibarla bilhassa futbol başta olmak üzere milyon dolarlık bütçelere sahip spor kulüplerinin büyüyen ve çeşitlenen ticari faaliyetlerini kazanç amacı gütmeyen tüzel kişiliği haiz spor kulüpleri şeklinde yürütmeye çalışmaları hem mevzuat anlamında hem de ticari hayatın gereklilikleri noktasında son derece zorlaşmıştır. Buna karşın birçok spor kulübü ve federasyon, evrim geçiren spor endüstrisi içinde yeterli düzeyde ve sürdürülebilir anlamda gelir sağlamaktan uzak kalmış, ölçsüz ve kontrol edilemeyen harcamalar bu kurumların mali yapılarını bozmuştur⁸.

⁵ Aslan, s. 6-7.

⁶ <https://www.managementstudyguide.com/how-sports-became-big-business.htm>, e.t: 06.10.2022.

⁷ Aslan, s. 100; Çolakoğlu, Tekin/ Özber, Ömer/Doğan, Doğukan: 7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanununun Kamu Politikası Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Avrasya Spor Bilimleri ve Eğitim Dergisi, Cilt:4, Sayı:1, Haziran 2022, s. 81; Çolgar, Tuna: Futbol Kulüplerinin Şirketleşmesi, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/futbol-kuluplerinin-sirketlesmesi>, e.t: 15.10.2023.

⁸ Çolakoğlu/ Özber/Doğan, s. 82.

Mevcut durumda ülkemizde de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu (DK) hükümleri çerçevesinde kurularak faaliyet gösteren spor kulüplerinin nihai amacı kazanç paylaşmak olmadığı gibi, örgütsel yapıları da malvarlığı topluluğunu yönetmeye uygun değildir. Sermayeden ziyade bilgi ve emeğin ön planda olduğu söz konusu yapılanma, spor kulüplerine hukuki ve yönetsel anlamda gelişen koşullar içinde çeşitlenen ekonomik faaliyetler için kaynak bulma noktasında da önemli bir engel haline gelmiştir⁹. Sporun bahse konu değişen yapısı, spor kulüplerini de değişim sürecine ayak uydurabilmek için yeniden yapılanmak zorunda bırakmıştır. Önceleri amatör yöneticiler tarafından idare edilen spor kulüplerine uzman yöneticiler atanmış, böylece kurumsal bir yönetim sürecine geçilmiştir. Profesyonelleşen şirketler, rekabetçi spor pazarından daha fazla gelir elde edebilmek adına sermaye piyasalarındaki uzun vadeli ve düşük maliyetli fonlara yönelmiştir¹⁰. Yaşanan gelişmeler, spor kulüplerinin şirketleşme sürecine hız kazandırmış, ülkemizde de gerekli ihtiyaca yönelik yasal adımlar atılmıştır. Bu kapsamda 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu (SKSFK) ¹¹ 26.04.2022 tarihinde yürürlüğe girmiş ve ilgili ikincil mevzuat hazırlanmıştır.

Çalışmamızda da temel olarak, bahse konu yasal düzenlemenin var oluş gerekçesini ortaya koyabilmek adına öncelikle spor kulüpleri genel bir çerçevede ele alınmış, ardından sporda şirketleşme süreci incelenmiştir. Spor anonim şirketlerinin kuruluşu, işleyişi, kurumsal ve ortaklık yapısı gibi temel konular da çalışmamızın kapsamı itibarıyla ele alınmıştır. Bu bağlamda hem 7405 sayılı SKSFK hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümlerine değinilmeye özen gösterilmiştir. Buna karşın, spor anonim şirketlerinin geniş bir uygulama alanı olduğu dikkate alınarak, konuya ilişkin tüm hususlara temas etmek mümkün olmadığından incelememiz kapsam itibarıyla sadece önemli

⁹ Sunay, Hakan: Spor Kulüplerinde Şirketleşme (Bazı Avrupa Ülkeleri Ve Türkiye'den Örnekler), Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi (Gazi BESBD), Cilt: IX, Sayı:2, Yıl: 2004, s. 69.

¹⁰ Devecioğlu, Sebahattin /Çoban, Bilal/Karakaya, Yunus Emre/Karataş, Özgür: Türkiye'de Spor Kulüplerinin Şirketleşmeye Yönelimlerinin Değerlendirilmesi, SPORMETRE Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi, Cilt:X, Sayı:2, Yıl:2012, s. 35-36.

¹¹ R.G. 26.04.2022, S. 31821.

görülen başlıklarla daraltılmış ve 7405 sayılı SKSFK’da ele alınan harici kurum ve kuruluşlara değinilmemiştir.

II. SPOR KULÜPLERİ

Spor kulüpleri, ilgili mevzuat hükümleri dahilinde belirli kurallara göre kurulan, üye ve yöneticilerinin yetki ve sorumlulukları belli olan, gerek amatör gerekse profesyonel spor branşları ile topluma hizmet veren, sporcuların yetiştirilmesini hedefleyen ve aynı zamanda bireylerin spor yapabilmelerini teminen tesis, araç ve gereçlere sahip olan kuruluşlardır¹².

7405 sayılı SKSFK’nın yürürlüğe girmesinden önce spor kulüpleri, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanununun (GSHK) 20. maddesi ile 5253 sayılı DK’nın 14. maddesinde dolaylı şekilde ele alınmıştır. Buna göre 7405 sayılı Kanunun 58. maddesi ile mülga olan¹³ GSHK’nın 20.¹⁴ ve DK’nın 14.¹⁵ maddeleri kapsamında kamu kurum ve

¹² Devecioğlu/Çoban /Karakaya/Karataş, s. 36.

¹³ *Yürürlükten kaldırma*

MADDE 58- (1) (21/5/1986 tarihli ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(2) (4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

¹⁴ *Gençlik ve spor kulüpleri*

MADDE 20 – Gençlik ve spor kulüpleri, Dernekler Kanununa göre teşekkül eder ve tescil ile Gençlik ve Spor Bakanlığına dahil olurlar.

Tescil edilmemiş kulüpler, federasyonlar tarafından tertiplenen veya bunların denetimi altında yapılan müsabakalara katılamazlar. Tescil olunmamış kulüpler adına lisans verilmez.

Spor kulüpleri faaliyet gösterdikleri dallarda antrenör tutmaya mecburdurlar.

Tescile ilişkin esas ve usuller yönetmelikle belirlenir.

¹⁵ *Gençlik ve spor kulüpleri*

MADDE 14-Derneklerden başvurmaları halinde; spor faaliyetine yönelik olanlar spor kulübü, boş zamanları değerlendirme faaliyetine yönelik olanlar gençlik kulübü ve her iki faaliyeti birlikte amaçlayanlar gençlik ve spor kulübü adını alır. Bu kulüpler, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne tutulacak kütüğe kayıt ve tescil edilir.

Kulüplerin organları, bu organların görev ve yetkileri, kulüplerin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne de denetlenmesi ve bunlara yapılacak

kuruluşlarında, yükseköğretim kurumlarında ve özel kuruluşlarda, kendi mensupları tarafından, spor faaliyetlerini yönlendirmek ve boş zamanları değerlendirmek için bu kurum ve kuruluşlar bünyesinde dernek kurulmasına, spor kulüplerinin tescil işlemlerinin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından yapılmasına olanak tanınmıştır. Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliğinde¹⁶ ise spor kulübü; spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla kurularak Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne kayıt ve tescilini yaptıran dernekler şeklinde doğrudan bir tanıma yer verilmiştir.

Spor kulüpleri SKSFK yürürlüğe girene kadar Dernek niteliğinde olma zorunluluğuna tabi tutulmuştur. Bu bağlamda bir spor kulübü kurulması amacıyla öncelikle 5253 sayılı DK ve 4721 sayılı TMK'nın ilgili hükümleri ile konuya ilişkin ikincil mevzuatın aradığı şartlar dahilinde *“kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluğu”* olarak tanımlanan bir dernek¹⁷ kimliği altında yapılanmak ve bu derneği Gençlik ve Spor Bakanlığına tescil ettirmek zaruret arz etmiştir. Bazı vergisel avantajlar da spor kulüplerinin kâr amacı gütmeyen dernek yapılanması altında sadece sportif etkinlikler gerçekleştirerek faaliyetlerini sürdürmelerinin diğer bir nedeni olmuştur¹⁸.

yardımların şekil ve şartları, üst kuruluş oluşturmada uyulacak esas ve usuller, gençlik ve spor faaliyetlerini yürüteceklerin nitelikleri ve bunlara uygulanacak disiplin işlemleri, kulüplerin kayıt ve tesciline ilişkin esaslar İçişleri Bakanlığının uygun görüşü üzerine Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu Bakanlıkça yürürlüğe konulacak yönetmelikte düzenlenir.

¹⁶ R.G. 08.07.2005, S. 25869.

¹⁷ Detaylı bilgi için bkz: Ecer, Hülya: Derneklerin Kuruluşu Ve Tüzel Kişilik Kazanması, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, Cilt:1, Sayı: 2, Yıl:2017, s. 20; Öztan, Bilge/Gürpınar, Damla: Medenî Hukuk'un Temel Kavramlar, 47. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 338.

¹⁸ Nitelim derneklerin katma değer vergisi, damga vergisi, emlak vergisi, gümrük vergisi ve harç istisnası, veraset ve intikal vergisi muafiyeti, muhtelif bağış ve yardımları gelirlerden indirilebilme olanağı gibi birçok vergisel kolaylıktan yararlanabilmelerine mevzuat açısından imkan

SKSFK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ise spor kulüpleri dernek statüsünden çıkartılmış ve spor kulüplerinin Bakanlık tarafından tutulan sicile tescil ile tüzel kişilik kazanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre Kanunun 3. maddesi dahilinde spor kulüpleri, spor faaliyetlerine katılmak amacıyla gerçek veya tüzel en az yedi kişi tarafından kurulabilmektedir. Kanunda, spor kulübü kurmak isteyen kişilerin kuruluş bildirimini ile tüzük ve gerekli diğer belgelerle birlikte Bakanlığa¹⁹ başvuruda bulunmaları, Bakanlığın tescil başvurusunu altmış gün içinde karara bağlaması öngörülmüştür²⁰. Kuruluş bildirimini, tüzük veya diğer belgelerde mevzuata aykırılık veya noksanlık bulunmaz ya da bu aykırılık veya noksanlık öngörülen sürede giderilmiş ise spor kulübünün Bakanlık tarafından spor kulüpleri siciline tescil edilmesiyle tüzel kişiliğin kazanılmasına olanak tanınmıştır (m 3/4). Böylelikle önceki düzenlemeden farklı olarak spor kulüplerinin tüzel kişilik kazanması bakımından bildirim sisteminden tescil sistemine geçilmiştir. Daha önce ise spor kulübü statüsünün kazanılması noktasında Bakanlık tarafından tutulan sicile tescil şartı arandığından, yeni düzenlemede sadece tüzel kişiliğin kazanılması anına ilişkin bir farklılığa yer verilmiştir. Bununla birlikte SKSFK ile spor kulüpleri bakımından iki aşamalı tescil sürecinden vazgeçilmiştir²¹.

Her ne kadar SKSFK, spor kulüplerini dernek statüsünden çıkararak yeni bir özel hukuk tüzel kişiliği ihdas etmiş ise de, öngörmüş olduğu yeni yapı spor kulüplerinin hukuki niteliğinden ziyade sadece ismine yönelik değişiklik getirebilmiştir. Nitekim spor kulüplerinin

tanınmıştır. Detaylı bilgi için bkz: Devecioğlu/Çoban /Karakaya/Karataş, s. 36.

¹⁹ Çalışmanın genelinde aksi belirtilmediği sürece, “Bakanlık” ifadesi ile SKSFK'nın tanımlara ilişkin m. 2/1.c hükmü dahilinde “Gençlik ve Spor Bakanlığı” kastedilmiştir.

²⁰ Bakanlığın yapılan incelemede mevzuata aykırılık veya noksanlık tespit ettiği hallerde bunların giderilmesi veya tamamlanması için altmış günlük yeni bir süre vermesi, bu süre zarfında eksikliklerin giderilememesi halinde ise talebin Bakanlık tarafından reddedileceği düzenlenmiştir (SKSFK m. 3/3).

²¹ Derneklerin ve dolayısıyla SKSFK öncesi spor kulüplerinin tüzel kişilik kazanmasında geçerli olan sistem konusunda doktrinde bir tartışma olmakla birlikte; bir görüş bildirim sisteminin geçerliliğini, diğer görüş serbest kuruluş sistemine yakın karma sistemi kabul etmektedir. Tartışmalar için bkz: Aslan, s. 27, dnt: 46.

isimleri haricinde genel yapılanması ve işleyişi derneklerle birebir örtüşmektedir. Hem dernekler hem de spor kulüpleri, gerçek veya tüzel en az yedi kişinin bir araya gelmesiyle kurulabilmektedir. SKSFK m. 5/1 hükmü gereği spor kulüplerinde de, dernekler de olduğu gibi zorunlu organlar; genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu olarak belirlenmiştir²². SKSFK m.7/1 hükmü kapsamında genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulunun oluşumu, toplanması, görev ve yetkileri, tutulacak defterler ile kararları hakkında 4721 sayılı TMK ve 5253 sayılı DK'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağı öngörülerek bahse konu zorunlu organların işleyişine ilişkin özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. Ayrıca uygulanacak hükümlere ilişkin 25. madde de, SKSFK'da hüküm bulunmayan konularda spor kulüpleri hakkında 4721 sayılı Kanun ile 5253 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

Dernekler kazanç paylaşımı dışında, belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulur. Derneklerin amacı, kanunlarla yasaklanamamış ideal ve manevi bir amaç olmalıdır. Bu amaç dini, mesleki, sosyal nitelikte olabilirken, ticari nitelikte olamaz²³. Buna karşın derneklerin kuruluş amacını gerçekleştirmek üzere, kazanç paylaşma dışında, ticari işletme işletmesi olarak dahilindedir²⁴. Bu durumda da derneğin amacı yine hedeflenen ideal gaye iken; derneğin üyelerinin kâr teminine yönelik olmayan, daha tali nitelikteki ticari faaliyeti sadece ideal amacı gerçekleştirme maksatlıdır. Bu minvalde SKSFK dahilinde spor kulüplerinin ticari veya kazanç elde etme ve paylaşma amacıyla kurulup kurulamayacağına ilişkin doğrudan bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Kanunun genel gerekçesinde derneklerin kazanç paylaşma saikiyle kurulamayacağından ötürü spor kulüplerinin Dernek statüsünde devam etmelerinin artık mümkün olmadığı, bu nedenle farklı bir düzenlemeye tabi tutulmaları

²² Orhan/Özkurt, s. 113, 114.

²³ Öztan, Bilge/Gürpınar, s. 338; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 241; Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 205.

²⁴ Şener, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin, Ankara 2016, s. 166; Poroy, Reha/Yasaman Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 135; Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 29. Bası, BTHAE, Ankara 2023, s. 138.

gerektiğine işaret edilmiştir²⁵. Yukarıda belirtildiği üzere SKSFK, spor kulüplerine ilişkin Kanunda hüküm bulunmayan hallerde TMK ve DK hükümlerinin uygulanacağını açıkça belirttiğinden, spor kulüplerin doğrudan kazanç elde etme ve paylaşma amacıyla kurulması hukuken mümkün değildir. Bununla birlikte derneklerde olduğu gibi spor kulüplerinde de faaliyet alanı ile kuruluş amaçları birbiriyle aynı olamayabilir. Nitekim *Aslan* tarafından belirtildiği üzere, gerekçe dahilinde spor kulüplerinin, ticari boyutta birer varlık haline gelmesi ve enerji sektöründen teknolojiye kadar yasak olmayan birçok alanda ticari faaliyet gösterebilmeleri sporun ticarileşmesinin ve endüstrileşmesinin bir sonucudur. Yoksa bu husus spor kulüplerini ticari bir kuruluşa ya da ticaret şirketlerine dönüştürme vasfını haiz değildir. Kaldı ki, hukukumuzda kazanç elde etme ve paylaşma amacıyla faaliyet gösteren ticaret şirketleri sınırlı sayı ilkesi dahilinde TTK m. 124/1’de sayılmış ve ticaret şirketleri ile ideal amaçla kurulan tüzel kişiler arasındaki sınır net bir şekilde ortaya konmuştur²⁶.

Bahse konu değerlendirmeler ışığında spor kulüpleri 7405 sayılı Kanunun yanı sıra daha önce olduğu gibi hali hazırda da Dernekler Kanunu ile yakın ilişkisini sürdürmektedir. Bu anlamda spor kulüpleri yeni bir tüzel kişilik özelliğini haiz değildir. SKSFK öncesinde özel bir Dernek türü olarak kabul edilen spor kulüpleri, düzenleme sonrasında da dernek vasfını yitirmemiş, sadece özel niteliği daha belirgin hale getirilmiş ve daha ziyade terminolojik bir değişikliğe gidilmiştir²⁷.

²⁵ Bkz: https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2940, e.t. 25.09.2022.

²⁶ Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 134; Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 51; Kayıhan, Şaban: Şirketler Hukuku, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2020, s. 83; Pulaşlı, Hasan: Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre “İktisadi Amaç” Kavramının Şirket ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 21 vd.

²⁷ Orhan/Özkurt, s. 11; Aslan, s. 31; Serozan, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 511; Ege, Önder: Türk Medeni Hukukuna Göre Spor Kulüpleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 154. Spor kulüplerinin Bakanlık nezdindeki tescil ile dernekler hukuku dışına çıktığına yönelik görüşü için bkz: Aykul, Ömer: Dernekler Hukuku. Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 27.

III. SPORDA ŞİRKETLEŞME SÜRECİ

Dünyanın birçok ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de en popüler spor dalı olan futbol, profesyonelleşen spor dallarından ilki olmuştur. Futbolun geçirdiği yapısal değişimle birlikte, genellikle dernek şeklinde örgütlenen futbol kulüpleri profesyonel futbol şubelerini kurulan ya da kurulmuş bulunan anonim şirketlere devrederek hızla şirketleşmeye başlamıştır. Zira günümüzde büyük kulüplerin çoğu, modern şirketler olarak organize olup yönetilmekte, bunlardan bir kısmı da borsada halka arz edilmektedir. Ülkemizde ise bilhassa gelirlerini artırma amacıyla futbol kulüpleri 80'li yıllarda şirketleşme çalışmalarına başlamıştır. Bu dönemde bazı kulüpler küresel gelişmelere paralel şekilde profesyonel futbol şubelerini, kurulan veya kurulmuş bulunan anonim şirketlere devretmiş, bazı kulüpler ise farklı kanallardan gelir sağlamak amacıyla muhtelif alanlarda şirket kurmuş ya da bu şirketlere ortak olma yolunu izlemiştir²⁸.

Sporun başlı başına bir endüstri haline geldiği yeni ekonomik düzen içinde spor kulüplerinin şirketleşme süreci de ülkelerin yasal alt yapıları ve sosyo-kültürel özelliklerine bağlı olarak farklı tercihlerle gelişmiştir. Nitekim klasik modelle başlayan süreç, destekleyici model, geniş tabanlı taraftar modeli, aile şirketi modeli ve nihayet halka arz modeli gibi çeşitli alternatifleri de beraberinde getirmiştir²⁹.

Futbol kulüplerinin şirketleşmesi konusunda Dünyada, İngiliz kulüpleri öncül olmuştur. Bilhassa doksanlardan sonra Manchester United, Arsenal, Celtics, Tottenham Hotspurs gibi kulüpler çeşitli

²⁸ Dorukkaya, Şakir/Fıratlı, Aydın/Ebiçlioğlu, F. Kemal: Türkiye'de Futbol Kulüplerinin Şirketleşmesi, Halka Açılması, Finansmanı ve Vergileme, Dünya Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 19; Sunay, s. 72; Devcioğlu/Çoban /Karakaya/Karataş, s. 37.

²⁹ Detaylı bilgi için bkz: Devcioğlu/Çoban /Karakaya/Karataş, s. 38; Türkiye Kurumsal Yönetim Derneği, "Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Türk Futbol Kulüpleri Yönetim Rehberi, Pasifik Ofset, İstanbul 2010, s. 36-37; Hacıköylü, Canatay; Türkiye'de Profesyonel Spor Kulüplerinin ve Sporcuların Vergilendirilmesi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2001, s. 41, 56; Sultanoğlu, Banu: Hisseleri Halka Arz Edilen Türk Futbol Kulüplerinin Mali Tablolarının Türkiye Muhasebe Standartları Çerçevesinde İncelenmesi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 14-28.

büyükliklerde şirketler kurmuşlardır. Özellikle Manchester United, 1995 yılında şirketleşme sürecini tamamlayarak halka açılmış ve İngiltere tarihinin önemli halka arzlarından birini gerçekleştirerek diğer kulüplere örnek olmuştur. Profesyonel futbolda İngiltere'deki ligler ve kulüpler şirketleşme ve ticari gelir elde etme noktasında önemli bir yere sahip ise de Avrupa genelinde sporda şirketleşme henüz istenilen seviyelere ulaşamamıştır. Avrupa Futbol Federasyonları Birliği (Union of European Football Associations-UEFA) de özellikle futbolun mali anlamda profesyonel yönetim boyutunda şirketleşmesini desteklese de, çoğu Avrupa ülkesinde halen ülkemizde olduğu gibi kulüpler dernek statüsünde faaliyetlerini sürdürmektedir³⁰. Almanya'da yer alan spor kulüpleri ve diğer spor kuruluşlarının çoğu Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) m. 21 ve devamı hükümlerine göre tüzel kişiliğe sahip ve kâr amacı gütmeyen dernek şeklinde örgütlenmiştir. Alman Hukukunda derneklere tanınan geniş haklar ve kâr amacı gütmeyen kuruluşlara sağlanan vergi avantajları da kulüplerin dernek olarak örgütlenmesini cazip hale getirmektedir³¹. Buna karşın giderek büyüyen futbol endüstrisindeki ürün satışından pay alabilmek amacıyla kulüpler ana kulübe bağlı ayrı ticari tüzel kişilikler oluşturmayı tercih etmiştir. Bayern Munich, Borussia Dortmund gibi kulüpler Almanya Futbol Liginde şirketleşme sürecini tamamlayan ilk örnek kulüplerden olmuştur³². İspanya'da da hali hazırda şirketleşme sürecini tamamlayan pek çok kulüp olsa da, milliyetçi yapı ve kulüplerin geleneksel kültürel yapısının korunması kaygısı, spor kulüplerini ağırlıklı olarak faaliyetlerini dernek çatısı altında devam ettiremeye zorlamaktadır. İtalya'da kulüplerin çoğu şirket olarak faaliyette bulunsalar da, operasyonel anlamda kendilerinden beklenen performansı sergileyemedikleri görülmektedir. Rekabetin çok yüksek olduğu Fransa liginde yer alan kulüplerin büyük bir kısmı ise genellikle kâr amacı

³⁰ Akyüz, Mehmet Emin: Futbol Kulüplerinin Şirketleşmesi ve Halka Açılması; Avrupa Futbol Piyasasındaki Gelişmeler Çerçevesinde Beşiktaş, Fenerbahçe, Galatasaray ve Trabzonspor Örneğinin Değerlendirilmesi, T.C. Başbakanlık Sermaye Piyasası Kurulu Aracılık Faaliyetleri Yeterlilik Etüdü, İstanbul 2005, s. 22, 27.

³¹ Engelhard, Alexander/Wassenhoben, Thomas (Editör. Gurovits, Andras): Germany, The Sports Law Review, Sixth Edition, London: Law Business Research 2020, s. 104-105.

³² Akşar, Tuğrul/Kutlu, Merih: Futbol Ekonomisi, Literatür Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 470-471; Aslan, s. 60 vd.

gütmeyen şirketsel bir yapılanma sergilemektedir. İlâveten spor kulüplerinin bazıları özel sektör şirketleri tarafından da desteklenmektedir³³. Avrupa’da İngiltere’den sonra Danimarka en fazla spor kulübünün borsada işlem gördüğü diğer bir ülke olurken, Portekiz ve İskoçya’da da çoğu spor kulübü borsada işlem görmektedir. Hollanda’da ise kulüp üyelerinin mülkiyetinde bulunan spor kulüpleri, genellikle bağış ve yardımlarla faaliyetlerini sürdürmektedir³⁴.

Ülkemizde de dernek statüsünde faaliyet gösteren spor kulüpleri sahip oldukları vergisel avantajların yanı sıra, devlete ait kuruluşlardan yardım alabilme, taşınmaz edinebilme, bağış toplayabilme gibi haklara sahiptir³⁵. Buna karşın özellikle futbolda, taraftarların destekledikleri takımların başarılı olma beklentisinin ve artan rekabetin getirdiği finansal maliyetin karşılanması, geleneksel gelir kaynaklarının ötesinde, yeni arayışları zorunlu kılmıştır. Bu nedenle zaman içinde çoğu futbol kulübü, profesyonel futbol şubelerini kurulan ya da kurulmuş bulunan anonim şirketlere devretme yolunu tercih etmiştir. Böylelikle bir taraftan dernek olmanın getirdiği çeşitli avantajlar kullanılırken, diğer taraftan kurulan veya ortak olunan şirketler sayesinde, derneklerin sınırlı olarak yapabildiği veya hiç yapamadıkları geniş çaplı ticari faaliyetlere girişme ve sürdürülebilir şekilde önemli gelir kaynakları yaratma imkanına kavuşulmuştur³⁶.

5253 sayılı Dernekler Kanunu’na göre kurularak faaliyetlerini sürdüren futbol kulüpleri, SKSFK öncesinde de ilgili yasal düzenlemeler dahilinde profesyonel futbol etkinliklerini, anonim şirket statüsündeki iktisadi işletmelere devredebilme hakkına sahip olmuştur. Bu sayede kulüpler markalarıyla ilgili ticari haklarını, lisans hakkı kiralama sözleşmesi ile bu şirketlere aktarabilmekte; diğer taraftan profesyonel futbol takımı, ilgili şirkete kira sözleşmesi ile kiralanabilmekte; kulübün

³³ Yıldız, Suat: Profesyonel Futbol Şubeleri Bulunan Spor Kulüplerinin Mali Yapılarının Karşılaştırılması (Manchester United Futbol Kulübü-Fenerbahçe Spor Kulübü Örneği)”, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s. 36, 37.

³⁴ Cerrahoğlu, Necati/İmamoğlu, Ahmet Faik: Sporun Ekonomik Boyutu, Almanya Örneği, 1.Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Kongresi, Cilt: 2, Ankara 2000, s. 240 vd.

³⁵ Başaran, Murat/Atay, Tezcan: Spor ve Sporunun Vergilendirilmesi ve Vergi Avantajları, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2003, s. 223-228.

³⁶ Dorukkaya/Fıratlı/Ebiçlioğlu, s. 20

üçüncü kişilerle yaptığı gelir nitelikli sözleşmeler de (sponsorluk, yayın geliri vb.) temlik sözleşmesi ile anılan şirketlere devredilebilmektedir³⁷. Spor kulüplerinin kurdukları şirketleri halka arz etmeleriyle de birlikte; kulübe fon sağlanması, kulübün tanınması, kurumsallaşması ve şirket hisselerinin borsada el değiştirerek değerinin tespit edilmesi şeklinde profesyonelleşme noktasında önem adımlar atılmıştır. Böylelikle mali sektörden kredi temininde de kolaylık sağlanmıştır. Özellikle halka arz olunan futbol anonim şirketlerinin hisse senetlerinin rehni ya da bu şirketlerin yıl sonunda dağıtacakları temettü ödemeleri karşılığında önemli bir finansman olanağı yaratabilmektedir³⁸. Buna karşın derneklerin mevcut statüleri artan giderlerin finansmanın sağlanması sürecinde, kulüplerin önünde büyük bir engel teşkil etmektedir. Finansman desteği sağlayan kurumlar dernek statüsündeki kuruluşlara kredi sağlama konusunda isteksiz olduğundan, derneklerin özellikle banka kredisi gibi yabancı kaynak temin etmelerinin önünde ciddi zorluklar bulunmaktadır. Nitekim, banka kredileri kulübün borç ödeme kapasitesinden ziyade kulüp yöneticilerinin şahsi kefaletleri ile temin edilmektedir³⁹.

Ülkemizde derneklerin ticari faaliyetlerde bulunmaları sınırlandırılmış, ticari ürün satışlarından doğan kazançlar vergi kapsamına alınmış, ancak sadece “*Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarına tescil edilmiş spor kulüplerinin idman ve spor faaliyetlerinde bulunan iktisadi işletmeleri ile sadece idman ve spor faaliyetlerinde bulunan anonim şirketler*” 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 4. maddesi ve 1 seri no.lu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliği dahilinde kurumlar vergisinden muaf sayılmıştır⁴⁰. Bahse konu şirketlerin elde ettikleri başlıca yayın gelirleri, sponsorluk ve reklam

³⁷ Aydın, Ali Dursun/ Turgut, Murat/Bayırlı, Rıdvan: Spor Kulüplerinin Halka Açılmasının Türkiye’de Uygulanan Modeller Açısından İncelenmesi, Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Yıl: 2007, Sayı 1; s. 62-69.

³⁸ Akşar, Tuğrul: Futbol Kulüplerinin Şirketleşmesi, Halka Arzı ve Kredilendirilmesi, <https://www.futbolekonomi.com/index.php/vizyon-misyon/817-futbol-kulueplerinin-irketlemesi-halka-arz-ve-kredilendirilmesi.html.e.t>; 6.10.2023.

³⁹ Dorukkaya/Fıratlı/Ebiçlioğlu, s. 59

⁴⁰ İlgili düzenlemeler dahilinde söz konusu şirketlerin muhtelif gelirleri Türkiye’de sporun gelişimi ve kurumsallaşması amacıyla vergi kapsamı dışında bırakılmıştır. Bkz: Devecioğlu/Çoban /Karakaya/Karataş, s. 37.

gelirleri, stadyum hasılatları, spor tesislerinde bulunan büfelerin gelirleri vergi kapsamı dışında bırakılmışken; ticari ürün satışları, otopark işletmeciliği ya da benzeri ticari faaliyetler muafiyet kapsamına dahil edilmemiştir. Bu nedenlerle spor kulüpleri, farklı ticari faaliyetleri için farklı şirketler kurma eğilimine yönelmiştir. Ülkemizdeki dört büyük kulüp de ticari ürün satışlarını halka açtıkları şirketlerden ziyade kurdukları diğer şirketler üzerinden yürütmektedir⁴¹. Bu kapsamda ülkemizdeki kulüpler genel olarak; kulübün kendisinin elde ettiği gelirleri ve kulüp ana çatısı altında kurulan şirketlerin sağladığı ticari kazançları, borsaya açılan Futbol A.Ş. veya Sportif A.Ş. isimli şirketlere devir ve temlik etmeyi; tüm giderleri ise kulüp bünyesinde bırakacak şekilde oluşturulan bir yapı ile borsaya açılmayı tercih etmektedir⁴².

Ülkemizde ilk olarak şirketleşme yoluna giden spor kulübü Malatya Spor olmuştur. Malatya Spor, 1989 yılında Malatya Spor A.Ş. adında bir şirket kurarak profesyonel futbol şubesini bu şirkete devretmiş; ancak kulübün birinci ligden düşmesinin ardından Malatya Spor A.Ş. tasfiye edilmiştir. Bununla birlikte Beşiktaş, Galatasaray, Fenerbahçe, Trabzonspor, Vanspor, Adanaspor, İstanbulspor, Çanakkale Dardanelspor, Karşıyaka Spor, Antalyaspor ve Siirt Jetpaspor gibi takımlar ülkemizde ilk şirketleşen kulüpler⁴³ olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak söz konusu kulüplerden sadece dört büyük kulüp, hisseleri halka arz edilerek Borsa İstanbul'da (BİST) işlem görmeyi başarabilmiştir⁴⁴. Bu kapsamda ülkemizdeki dört büyük kulübün şirketleşme sürecine de kısaca değinmek gerekir.

⁴¹ Akyüz, s. 15.

⁴² Akşar, <https://www.futbolekonomi.com/index.php/vizyon-misyon/817-futbol-kulueplerinin-irketlemesi-halka-arz-ve-kredilendirilmesi.html,e.t>. 6.10.2023.

⁴³ Bahse konu takımların şirketleşme sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz: Dorukkaya/Fıratlı/Ebiçlioğlu, s. 20-23; Devcioğlu/Çoban /Karakaya/Karataş, s. 39.

⁴⁴ Zeren, Feyyaz/ Gümüş, Fatih: Türk ve Yabancı Futbol Takımlarının Borsa Performansları Üzerine Bir Uygulama, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, Yıl:2013, s.37-38; Mustafa, Muhammed/Çalışkan, Tuncer/Deniz, Devran: BİST'te İşlem Gören Spor Kulüplerinin Futbol Maçlarının Hisse Senedi Getirisi Üzerine Etkisi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 16 Sayı: Özel Sayı, Yıl:2016, s. 234.

Trabzonspor Kulübü Derneği'nin (Trabzonspor Kulübü) doğrudan ve dolaylı olarak sahibi olduğu Trabzonspor Futbol İşletmeciliği Ticaret A.Ş. (Trabzonspor Futbol A.Ş.), Trabzonspor Sportif Yatırım ve Futbol İşletmeciliği Ticaret A.Ş. (Trabzonspor Sportif A.Ş.) ve Trabzonspor Ticari Ürünler A.Ş. olmak üzere üç şirketi bulunmaktadır. Trabzonspor Kulübü'nün doğrudan % 99,9'una iştirak ettiği Trabzonspor Futbol A.Ş., 11.11.2004 tarihinde Trabzonspor Kulübü ile imzaladığı sözleşme dahilinde 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Kanunu'nun⁴⁵ 27. maddesine ve TFF Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Ana Statü'nün 67. maddesine istinaden Trabzonspor Kulübü'nün profesyonel futbol şubesini tüm aktif ve pasifi ile birlikte süresiz olarak devralmıştır. Trabzonspor Sportif A.Ş. ise Trabzonspor Futbol A.Ş. iştiraki olarak kurulmuş ve Nisan 2005'te de sermayesinin % 25'ini halka arz etmiştir. Trabzonspor markalarının tek, meşru, yasal ve süresiz sahibi olan Trabzonspor Futbol A.Ş. ile Trabzonspor Sportif A.Ş. arasında imzalanan Lisans Kiralama Sözleşmesi ve Profesyonel Futbol Takımı Kiralama Sözleşmesi uyarınca da Trabzonspor Sportif A.Ş., 30 yıl süreyle, Trabzonspor marka, pazarlama ve lisans haklarına, profesyonel futbol takımının uluslararası müsabakalardan elde ettiği performans ve pazarlama gelirlerinin bir kısmına ve Futbol A.Ş. tarafından elde edilecek stadyum hasılatlarının büyük bir kısmına sahip olacaktır. Trabzonspor Sportif A.Ş.'nin ticari ürün satışı ise, Trabzonspor Futbol A.Ş.'nin iştiraki olan, başka bir şirkete Trabzonspor Ticari Ürünler Ticaret A.Ş.'ye (Trabzonspor Ticari Ürünler A.Ş.) devredilmiştir⁴⁶.

Fenerbahçe Spor Kulübünde şirketleşme, sporun bütün dallarıyla ilgili ticari ve sinai faaliyetlerde ve yatırımlarda bulunmak üzere 1998 yılında, 1907 Fenerbahçe Sportif Hizmetler Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin kurulmasıyla başlamıştır. Daha sonra şirketin unvanı Fenerbahçe Sportif A.Ş. ve nihayet Fenerbahçe Futbol A.Ş.⁴⁷ halini almıştır. O günkü adıyla

⁴⁵ 17/6/1992 tarih ve 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun 5/5/2009 tarih ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 19. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁶ Akyüz, s. 15 vd.; Yıldız, s. 36, 37.

⁴⁷ Fenerbahçe Sportif A.Ş.'nin halka arzı 12-13-16.02.2004 tarihlerinde Deniz Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş. liderliğindeki konsorsiyum tarafından gerçekleştirilmiştir. Ödenmiş sermayesinin % 15'i halka arz edilen Fenerbahçe Sportif A.Ş.'nin, Fenerbahçe Futbol A.Ş. unvanı dahilinde

Fenerbahçe Sportif'in kurumlar vergisinden muaf bir yapıya kavuşması için 2002 yılında Fenerbahçe Sportif'in ticari faaliyetleri Fenerbahçe Spor Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye devredilmiştir. Bu şirket, Fenerbahçe taraftar ürünleri ve diğer her türlü spor malzeme ve spor giysileri, reklam ve taraftar ürünlerinin satış ve pazarlamasını yapmak üzere Fenerium mağazalarını işletmektedir. Fenerbahçe markalarının yasal sahibi olan Fenerbahçe Spor Kulübü, bu markalara ilişkin lisans haklarını Fenerbahçe Sportif'e 01.01.2004 yılında imzalanan lisans kiralama sözleşmesiyle 30 yıllığına kiralamıştır. Buna göre 2004 yılında yapılan lisans ve temlik sözleşmeleri ile gelirler şirkete devredilmiş, takım ile ilgili giderler ise Fenerbahçe bünyesinde bırakılmıştır.

Galatasaray Spor Kulübü Derneği (Galatasaray Kulübü), iştirak ettiği Galatasaray Spor ve Futbol İşletmeciliği Ticaret A.Ş (Galatasaray Futbol A.Ş) üzerinden aralarında Galatasaray Sportif A.Ş'nin de bulunduğu muhtelif şirketler kurmuştur. GS Stad A.Ş., GS Pazarlama A.Ş, GS Sigorta A.Ş, Beylerbeyi Sportif A.Ş. yanında halka arzı 14-15.02.2002 tarihlerinde Global Menkul Değerler A.Ş. liderliğindeki konsorsiyum tarafından gerçekleştirilen ve ödenmiş sermayesinin % 16'sı halka arz edilen Galatasaray Sportif A.Ş. de bunlardan biridir. Galatasaray Spor Kulübü medya, reklam ve pazarlama aktivitelerinin futbol takımının yönetiminden ayrılması amacıyla 2000 yılında futbolla ilgili tüm yayın ve reklam haklarını Galatasaray Sportif'e devretmiştir. 2004 tarihinde imzalanan devir sözleşmesi uyarınca ise Galatasaray, futbol takımı kira sözleşmelerinden doğan hak ve yükümlülüklerini Futbol A.Ş.'ye devretmiştir. Daha sonra Galatasaray markasının gerek Türkiye gerekse Avrupa'daki rekabetçi konumunu daha güçlü, kalıcı ve sürekli hale getirebilmek ve dünyadaki hızlı büyümeye daha iyi ayak uydurabilmek gerekçesiyle Galatasaray Futbol A.Ş.ve marka yönetimini üstlenen Sportif A.Ş. ile birleşme kararı almıştır⁴⁸.

98.980.000.-TL ödenmiş sermayesi bulunan şirketin bugün itibarıyla %67,07'si Fenerbahçe Spor kulübüne aitken, %32,93 ü halka arz edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz.: https://www.fenerbahce.org/getmedia/896ec609-8c02-49bd-94a4-8eb6a78f51a5/ortaklik-yapisi_20230329.pdf, <https://www.fenerbahce.org/getmedia/cf6c3f08-4ca0-4901-9236-17c75a55b0b3/Esas-Sozlesme.pdf>, e.t: 06.10.2023; Yıldız, s. 36, 37; Devocioğlu/Çoban /Karakaya/Karataş, 39; Akyüz, s.16-17.

⁴⁸ Şirketlerin birleşme talebine Sermaye Piyasası Kurulu tarafından onay verilmiş olup karar 2010/31 sayılı SPK haftalık bülteninde yayınlanmıştır.

Beşiktaş Futbol Yatırımları Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Sportif A.Ş.), Beşiktaş Jimnastik Kulübü (BJK) bünyesinde faaliyet gösteren muhtelif şirketlerden birisidir. Beşiktaş Spor Kulübü, futbolla ilgili tüm gelir ve giderleri ile tüm aktif ve pasif değerlerini anılan şirkete devretmiştir. Beşiktaş Sportif A.Ş'nin 14-15 Şubat 2002'de sermayesinin % 15'inin halka arz edilmesinden sonra, BJK'nın Beşiktaş Sportif A.Ş'deki payı 84,9'u düşmüştür. Şirket, kurumlar vergisi muafiyetinden yararlanabilmek için değişik alanlarda ticari faaliyetlerini sürdürmek amacıyla çeşitli bağlı ortaklıklar kurmuştur. 2001 yılında Beşiktaş marka, logo ve amblemlerinin üretim ve pazarlanması faaliyetini yürütmek amacıyla Beşiktaş Sportif Ürünler Sanayi ve Ticaret A.Ş. kurulmuştur. Ayrıca, faaliyet konusu yurt içi ve yurt dışı turlar organize etmek, bilet satışı yapmak ve vize işlemleri faaliyetlerinde bulunmak olan bir diğer bağlı ortaklık 2003 yılında kurulan Beşiktaş Turizm İşletmeleri ve Yatırımları Sanayi ve Ticaret A.Ş.'dir. Beşiktaş Sigorta Aracılık Hizmetleri A.Ş. de 2003 yılında, sigorta aracılık faaliyetlerinde bulunmak üzere Şirketin kurduğu bir diğer anonim şirket olmuştur. BJK altında ayrıca; Beşiktaş TV Yayın A.Ş., BJK Beşiktaş Eğlence ve Organizasyon Hiz. San. ve Tic. A.Ş. ve BJK Beşiktaş Gayrimenkul Değerleme A.Ş. isimleri altında başkaca şirketler faaliyet göstermiştir⁴⁹.

BJK, diğer üç kulüpten farklı olarak, yalnızca gelirlerini (yayın gelirleri, sponsorluk gelirleri, reklam gelirleri, ticari ürün satış gelirleri, futbolcu satım gelirleri vb.) değil giderlerini de (futbolcu ve teknik adam transfer ve ücret giderleri, İnönü Stadı giderleri, pazarlama giderleri, genel yönetim giderleri, lisans giderleri vb.) Beşiktaş Sportif A.Ş'ye devretmiştir. Beşiktaş Avrupa'daki şirketler gibi gelir ve giderlerini Beşiktaş Sportif A.Ş. bünyesinde tek bir çatı altında toplayarak temelde Manchester United Spor Kulübü modelini esas almıştır. Bu modelde

Galatasaray Kulübü, bugün itibarıyla Galatasaray Sportif A.Ş'nin % 60,01'ine sahiptir. Şirketin geriye kalan %39,99'luk hissesini ise halka açık kısmı oluşturmaktadır Bkz: <http://sportif.galatasaray.org/>, e.t: 07.10.2023; Akyüz, s. 21-22; Sultanoğlu, s. 14-28.

⁴⁹ Bugün kulüp çatısı altında; Beşiktaş Futbol Yatırımları Sanayi ve Ticaret A.Ş., Beşiktaş Basketbol Yatırımları San. Tic. A.Ş., Beşiktaş Sportif Ürünler Sanayi ve Ticaret A.Ş., BJK Beşiktaş İnşaat ve Ticaret A.Ş., Beşiktaş Televizyon Yayıncılık A.Ş. unvanlarıyla beş şirket yer almaktadır (Detaylı bilgi için bkz. [https://bjk.com.tr/sirketlerimiz/futbol as/](https://bjk.com.tr/sirketlerimiz/futbol-as/), e.t: 04.10.2023).

sportif başarı yanında, ciddi gelir getirecek işletme ve rant gelirleri de önemli yer tutmaktadır. Ancak yüksek maliyetli transfer giderlerinin şirket muhasebesine yansıtılması kârlılığı olumsuz etkilemektedir. Diğer üç büyük kulüpte ise giderler kulüp bünyesinde bırakılıp, gelirler ilgili şirketlere devredildiğinden, bu şirketler oldukça kârlı çalışan şirketler konumundadır. Buna karşın sportif başarının önemli olduğu ve temettü dağıtımının maksimum olduğu bu modelin uygulanması uzun vadede şirketin finansal açıdan zayıflaması ve halka arzdan beklenen faydaların tam olarak ortaya çıkmaması ile sonuçlanabilir. İngiltere ve bazı Avrupa ülkelerindeki uygulamalara benzeyen Beşiktaş modelinde ise bilhassa uzun dönemde futbolcu alım satımlarından kâr elde edilmeye başlandığında, hem şirketlerin kendi finansal durumları hem de yatırımcılar açısından daha isabetli kazanımlar elde edilmesi olasıdır⁵⁰.

IV. 7405 SAYILI SKSFK KAPSAMINDA ŞİRKETLEŞME ve SPOR ANONİM ŞİRKETLERİ

A. Genel Olarak

SKSFK şirketleşme süreci kapsamında görece yeni bir diğer tüzel kişilik olarak spor anonim şirketlerini düzenleme kapsamına almıştır. Spor anonim şirketi, en geniş haliyle sporla ilgili konularda faaliyet gösteren ilgili tüm anonim şirketleri ifade etmektedir. Buna karşın SKSFK spor kulübü ve spor şirketi arasındaki ayrım net bir şekilde ortaya koyamamışsa da daha teknik anlamda spor anonim şirketini, “*Bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak ya da spor kulübünden bağımsız şekilde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre kurulan ve spor faaliyetinde bulunmak amacıyla Bakanlığa tescilini yaptıran anonim şirket*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 2/1-j).

SKSFK sporda şirketleşmeyi ve spor anonim şirketlerini genel hatlarıyla düzenlenmiş; ayrıntıları *Spor Kulüpleri ve Spor Anonim Şirketleri Tescil Yönetmeliği*^{51,52} ve *Spor Anonim Şirketlerinin Esas Sözleşmesinin Asgari İçeriği, Ortaklık Yapısı, Pay Sahipliği, Sermayesi*

⁵⁰ Akyüz, s. 28; Devocioğlu/Çoban /Karakaya/Karataş, s. 41; Aydın/Turgut/Bayırlı, s. 62 vd.

⁵¹ R.G. 8.07.2022, S. 31890.

⁵² Çalışmanın genelinde “*Yönetmelik*” olarak anılacaktır.

ve *Organlarına İlişkin Usul ve Esaslar Tebliği*^{53,54} başta olmak üzere ilgili ikincil düzenlemelere bırakmıştır. Kanunda hüküm bulunmayan konularda ise spor kulüpleri hakkında 4721 sayılı TMK ile 5253 sayılı DK; bilhassa spor anonim şirketleri hakkında ise 6102 sayılı TTK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (m. 25).

SKSFK'nın yürürlüğünden evvel sporda şirketleşmeye ilişkin doğrudan ilk yasal düzenleme 1986 tarihli GSHK m. 24/3 hükmünde⁵⁵ yer almıştır⁵⁶. SKSFK'nın 58. maddesiyle mülga anılan hükme göre, spor kulüplerinin profesyonel takımlarını TTK'ya göre kuracakları ya da kurulmuş olan şirketlere devredebilmelerine veya profesyonel futbol takımlarını kiraya verebilmelerine izin verilmiştir. İlgili düzenleme kapsamında amatör spor dallarında şirketleşme yasaklanarak, sadece sporda şirketleşme profesyonel spor dalları ile sınırlandırılmış iken;

⁵³ R.G. 26.07.2022, S.31904

⁵⁴ Çalışmanın genelinde “*Tebliğ*” olarak anılacaktır.

⁵⁵ “*Profesyonel spor*

MADDE 24. — (1) Profesyonel dallar, Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğünün, Merkez Danışma Kurulunun da görüşünü almak suretiyle yapacağı teklif üzerine, Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanından tespit olunur.

(2) Profesyonel spor dallarının teşkili, ilgili federasyonları ile bağlantıları, idaresi tüzükle düzenlenir.

(3) Spor kulüpleri, profesyonel takımlarını, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları veya kurulmuş olan şirketlere devredebilirler veya profesyonel futbol takımlarını kiraya verebilirler”.

⁵⁶ Anılan hükmün haricinde yine SKSFK öncesinde sporda şirketleşmeye ilişkin farklı yasal düzenlemelerde ve ikincil mevzuatta da muhtelif hükümlere yer verilmiştir. Nitekim yukarıda bahse konu 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ve 1 seri no.lu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliği ile ilgili şirketlerin bazı gelirleri vergi kapsamı dışında bırakılmıştır. Futbola özgü olarak da mülga 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 27. maddesi dahilinde futbol dalında faaliyet gösteren kulüplerin futbol şubelerini kuracakları veya kurulmuş anonim şirketlere devredebilmelerine izin verilmiş; ayrıca Türkiye Futbol Federasyonu tarafından 22.06.1989 tarihinde çıkartılan Profesyonel Futbol Talimatının 52. maddesi gereğince kulüplerin profesyonel takımlarını Türk Ticaret Kanununa göre ticari işletme haline getirebilmek için şirket kurabilecekleri, kurulmuş olan şirketlere devredebilecekleri veya kiraya verebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Bkz: Devcioğlu/Çoban /Karakaya/Karataş, s. 37; Sunay, s. 72.

SKSFK'da ise şirketleşme bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiş, amatör ya da profesyonel şeklinde bir sınıflandırma olmaksızın her spor dalında şirketleşme mümkün kılınmıştır. Hatta her ne kadar şirketleşme takım sporları bakımından tercih edilse de; mezkur Kanunda ve ilgili ikincil mevzuatta bireysel veya takım sporuna ilişkin bir ayırım yapılmadığından, bireysel olarak yapılan sporlarda da şirketleşme engellenmemiştir⁵⁷.

GSHK m. 24 hükmü sporda şirketleşmeye izin veren bir düzenleme niteliğinde olsa da bazı hususlarda beklenen amaca cevap verememiştir. Zira düzenleme kapsamında şirketleşme sadece profesyonel spor dallarında mümkün olduğundan, öncelikle profesyonel spor dallarının tespiti önem arz etmiştir. Profesyonel spor dallarını tespit yetkisi yapılacak ikincil düzenlemeler dahilinde Bakanlığa verilmesine karşın bu yetki hiç kullanılmamıştır. Ayrıca spor kulüplerinin, kulüp olarak tüm spor şubeleri ile değil, sadece belirli bir şubenin bir şirkete devredilmesi sonucu kısmen şirketleşmeye izin verilmiştir. İlâveten yasada bir kısıt olmamasına rağmen spor federasyonlarının ana statülerinde şirketleşme sadece anonim şirketler ile sınırlandırılmıştır. SKSFK m. 14'te de, 6102 sayılı TTK'ya göre kurulan ve tüzel kişilik kazanan anonim şirketlerin, Bakanlık tarafından tescil edilmeleri ile spor anonim şirketi vasfını kazanacağı hüküm altına alınarak, sporda anonim şirket dışındaki diğer şirket yapılanmalarına izin verilmemiştir. Kişi unsurunun ön planda olduğu, şirket ortaklarının kimlik ve güvenilirliklerinin önem arz ettiği, sermayenin ikincil planda kaldığı, ortakların gerçek kişilerden oluştuğu ve şirketin temsil ve idaresinde bizatihi yer aldığı, kural olarak kararların oy birliğiyle alındığı, şirketin varlığının ortakların varlığına bağlı olduğu bir şirket modeli günümüz spor kulüplerinin ihtiyacını karşılamaktan çok uzaktır⁵⁸. Nitekim şahıs şirketlerinin, endüstrileşen spor sektörüne yapısal olarak uygun olmadığı bir gerçektir. Spor kulüpleri bugün, küçük ticari işletmelerden ziyade büyük hacimli ve sermayeli ticari kuruluşları olan, tüzel kişi ortakları bulunan, belirli bir kültür ve geleneği temsil etmek suretiyle ortakların şahsi varlıklarından öte süreklilik arz eden, idari ve mali açısından

⁵⁷ 6102 sayılı TTK m. 338 ve 573 hükümleri dahilinde anonim ve limited şirketlerin tek ortakla kurulabilmesi olanak dahilindedir. Bkz. Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 11 vd; Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 298 vd.

⁵⁸ Kayihan, s. 55.

profesyonel yönetime ihtiyaç duyan kurumlar haline gelmiştir. Buna karşın *Aslan* tarafından da belirtildiği üzere, anonim şirketlerin yanı sıra, diğer bir sermaye şirketi vasfını haiz ve 6102 sayılı TTK ile bu niteliği daha da pekiştirilmiş olan limited şirketlerin SKSFK kapsamında yer almayışı tartışılabilir. Amatör spor dallarının şirketleşme sürecinde veya profesyonel spor dallarının amatör seviyede şirketleşmelerinde, anonim şirket kapasitesinde bir sermayeye sahip olmayan veya başlangıçta küçük bir sermaye ile yönetilmek üzere yola çıkan kulüplerde ve futbol ve basketbol alt ligleri ile diğer spor dallarında yer alan kulüplerin çoğunda limited şirketler en azından başlangıçta tercih edilebilecek bir model olarak değerlendirilebilir⁵⁹. Kaldı ki Birleşik Krallık'ta ve Alman hukukunda da sporda şirketleşme anonim şirketlerle sınırlı tutulmamıştır⁶⁰.

⁵⁹ Aslan, s. 96, Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2022, s. 347; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, Dora Yayınları, Ankara 2021, s. 413; Kayıhan, s. 299.

⁶⁰ Birleşik Krallık'ta doğrudan kulüpleri düzenleyen ve kulüplerin hukuki örgütlenmesine ilişkin bir sınırlandırma öngören herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle kulüpler, birçok hukuki yapı altında örgütlenebilmektedir. Kulüplerin büyük çoğunluğu, tüzel kişiliği olmayan birlik ya da ortaklık (Unincorporated Association) şeklinde; kooperatif ya da topluluk yararına çalışan dernek (Co-operative or Community Benefit Society) şeklinde veya tüzel kişiliği olan hayır kurumu (Charitable Incorporated Organisation) statüsünde de kurulabilmektedir. Buna karşın yaygın olarak tercih edilen bir diğer kulüp yapılanma şekli limited şirketlerdir. İngiliz şirketler hukukunda sermaye şirketleri temel olarak, "Companies Limited by Shares (Private/Public)" ve "Companies Limited by Guarantee" ayrımına dayanmakta; Companies Limited by Shares olarak adlandırılan şirketlerde, ortakların taahhüt ettiği sermaye ile sınırlı sorumluluğu bulunurken, Companies Limited by Guarantee olarak adlandırılan şirketlerde ise her üyenin garanti taahhüdünde bulunduğu meblağı şirketin tasfiyesi üzerine şirkete ödemesi gerekmektedir (Companies Act 2006, Part 1, m.3). "Companies Limited by Shares" olarak yukarıda ifade ettiğimiz şirket türü kendi içinde, "halka açık limited şirket (public limited company)" ve "özel limited şirket (private limited company)" şeklinde bir ayrıma dayanır. Halka açık limited şirketlerde, şirket paylarının borsada işlem görmesine izin verilmekte iken, özel limited şirketlerde bu durum mümkün değildir. Bunun yanında halka açık limited şirketlerde şirketin kuruluşu için asgari bir sermaye şartı öngörülmüşken, özel limited şirketlerde asgari sermaye şartı bulunmamaktadır. Bkz:

Öte yandan spor kulüplerinin bilhassa anonim şirket vasfında şirketleşmesi gerek ekonomik gerekse yapısal anlamda önemli avantajları beraberinde getirmektedir⁶¹. Spor kulüplerinin anonim şirket statüsünde ticari işletmeleri vasıtasıyla ticari faaliyetlerini sürdürebilmeleri, her şeyden evvel dernek yapılanması karşısında daha esnek ve kolaydır. Anonim şirket esas sözleşmesinin, spor kulüplerinin ticari faaliyetlerine özgü hükümler içermesi, sözleşme değişikliklerinin gelişen ihtiyaçlara göre dernek tüzüğüne nazaran daha kolay gerçekleştirilmesi, ticari faaliyetlerin ve gelir çeşitliliğinin artırılmasında önemli avantajlar sunabilmektedir. Bununla birlikte çeşitlenen gelirlerin ilgili spor dalı haricinde farklı yatırım alanlarına aktarılması, finansman temini ve yatırım olanakları açısından büyük kolaylıklar sağlayabilmektedir. Bu sayede spor kulüplerinin teminat kapasitesinin artması, mali denetim ve şeffaflığın sağlanması ile kredibilitesi ve vergi avantajlarından yararlanma kapasitesi de yükselecektir. Şirketleşme sürecini sağlıklı şekilde işleten kulüplerin sonraki aşamada gerçekleştirecekleri halka arz ise, dernek yapısı altında mümkün olmayan ve spor kulüplerinin büyük gelir elde etmesine olanak tanıyan bir diğer avantajdır. Şirketleşme süreci yönetsel mekanizmaların da hızlı ve verimli şekilde yapılmasına imkan tanımaktadır. TTK kapsamında yöneticilerin görev, yetki ve sorumluluklarının sıkı kurallara tabi olması, gönüllük esasına dayanan yönetim anlayışına nazaran profesyonel bir yönetim konsepti sürdürülebilir ve başarılı bir idareyi beraberinde getirecektir⁶².

Şirketleşmenin bahse konu avantajlarından başarılı şekilde yaralanan spor kulüplerinin profesyonelleşmeleriyle birlikte kurumsallaşmaları, uluslararası federasyon ve örgütlerin zorunlu kılınan kurumsal yönetim ilkelerini hayata geçirmeleri, büyük bütçeli, uluslararası marka değeri olan kulüplere dönüşmesine imkan tanıyacaktır. Buna karşın bu süreci olması gerektiği şekilde yürütemeyen, sportif

Bozkurt, Tamer: Amerikan ve İngiliz şirketler Hukukunda Şirket Tipleri Ekseninde, Özellikle Sermaye Şirketlerinde Pay Devri ve Devir Sınırlamalarına Kısa Bir Bakış, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:12, Yıl:2016, s. 127-128; Alışkan, Murat: Limited Şirket Tarihçe Niteliği, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 36.

⁶¹ Akşat, Tuğrul: Endüstriyel Futbol, Literatür Yayınları, İstanbul 2005, s. 219.

⁶² Çolgar, Tuna: Futbol Kulüplerinin Şirketleşmesi, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/futbol-kuluplerinin-sirketlesmesi>, e.t. 15.10.2023.

başarılarını ticari getiriye dönüştüremeyen, yönetim zafiyeti yaşayan, organizasyon eksiklikleri olan, bağımsız denetim, şeffaf bütçe, strateji ve planlama süreçlerinde sorun yaşayan, ölçsüz borç altına giren spor kulüpleri şirketleşme sürecinin beklenen avantajlarını hayata geçiremeyecektir⁶³.

B. Spor Anonim Şirketleri

1. Spor Anonim Şirketlerinin Kuruluşu

SKSFK'nın yürürlüğünden önce, doğrudan doğruya bir spor anonim şirketinin kurulması olanak dahilinde değildi. İlk olarak bir dernek kurup, bu derneğin spor kulübü statüsü kazanabilmesi için Bakanlık tarafından tutulan kütüğe kayıt ve tescilinin yapılması, ardından bir anonim şirket kurup derneğin ilgili spor şubesinin anonim şirkete devri ya da daha önce mevcut bir spor kulübüne ait spor şubesinin devralınması gerekmektedir. SKSFK'da ise bir anonim şirketinin kurulması ve bu şirketin spor anonim şirketi statüsünü kazanması için spor kulübünün spor şubesi veya şubelerini devralması gibi bir zorunluluğa yer vermeyerek, spor anonim şirketlerinin doğrudan kurulmasına olanak tanınmıştır⁶⁴.

Bir spor anonim şirketinden söz edebilmek için öncelikle TTK kapsamında kurulan bir anonim şirketin ticaret siciline tescil edilmesi gerekir. Tescil ile tüzel kişilik kazanan bu anonim şirketin, SKSFK m. 14 kapsamında spor anonim şirketi statüsünü kazanması için ise ikinci aşamada Bakanlık tarafından tutulan spor anonim şirketi siciline kaydı şarttır⁶⁵. Bu nedenle, spor anonim şirketlerinin doğrudan kurulmasına izin

⁶³ Devecioğlu/Çoban /Karakaya/Karataş, s. 36-37.

⁶⁴ Yüce, Aydın Alber: 7405 Sayılı Spor Kulüpleri Ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5 Sayı: 2, Yıl:2022, s. 486.

⁶⁵ Şirketlerin tescil başvurusu Bakanlık tarafından otuz gün içinde karara bağlanır. Başvuruda mevzuata aykırılık veya noksanlık bulunması halinde bu hususun otuz gün içinde giderilmesi istenir. Bu süre içinde bu aykırılık veya noksanlığın giderilmemesi durumunda başvuru reddedilir. Başvuruda mevzuata aykırılık veya noksanlık bulunmaz ya da bu aykırılık veya

verildiği belirtilirken, anonim şirket statüsünü haiz şirketin, Bakanlık tarafından spor anonim şirketi olarak tanınması gerekliliği göz ardı edilmemelidir⁶⁶. SKSFK'ya göre Bakanlık tarafından hem spor kulüpleri için “*spor kulüpleri sicili*” hem de spor anonim şirketleri için “*spor anonim şirketleri*” sicili tutulmaktadır. Ancak spor kulüpleri, spor kulüpleri siciline yapılan tescil ile tüzel kişilik kazanırken, spor anonim şirketleri ticaret siciline yapılan tescil ile tüzel kişilik kazanmaktadır. Aksi yönde bir düzenleme TTK'nın anonim şirketler hukukuna ve ticaret siciline ilişkin öngördüğü sisteme aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki spor anonim şirketlerinin spor faaliyetleri dışında, başkaca ticari faaliyetlerinin bulunması da mümkündür. Nitekim TTK m. 331 gereği anonim şirketler, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilir⁶⁷. Spor anonim şirketleri de her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilirken; işletme konuları arasında spor faaliyetlerinin bulunması zorunludur.

SKSFK, spor anonim şirketini tanımlarken şirket statüsünün bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak ya da spor kulübünden bağımsız şekilde kazanılabileceğini belirterek iki seçenek üzerinde durmuştur.

Bu kapsamda bir spor kulübüne ait spor şubesinin devralınma zorunluluğu olmaksızın yukarıda belirtildiği şekliyle kurucu ortak ya da ortakların TTK'ya göre bir anonim şirket kurup, bu şirketi spor faaliyetinde bulunmak üzere spor anonim şirketi siciline tescil ettirmeleri olanak dahilindedir. Keza bir anonim şirketin, bir spor kulübüne ait spor şubesini devralması yoluyla da spor anonim şirketi statüsünün kazanılabilmesi mümkündür. Zira, bir anonim şirket, arasında bağlı ortaklık veya iştirak ilişkisi olmaksızın bir spor kulübünün spor şubesini ya da şubelerini devralarak, Bakanlık nezdindeki spor anonim şirketi siciline tescili ile spor anonim şirketi statüsünü kazanabilir (SKSFK m. 8/5). Spor kulübünden bağımsız şekilde, spor anonim şirketi statüsünün kazanılabileceği bir diğer hal de spor anonim şirketine ait bir spor şubesinin, hukuki statüsüne göre bir ticari işletme veya ticari işletme olmayan bir işletme olarak⁶⁸, başka bir anonim şirketçe devralınmasıdır.

noksanlık giderilmiş olursa şirket spor anonim şirketi siciline tescil edilir (SKSFK m. 14/2).

⁶⁶ Yüce, s. 486.

⁶⁷ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 232; Kayıhan, s. 164.

⁶⁸ Arkan, s. 26, 41; Poroy/Yasaman, s. 32-35; Şener, (*İşletme*), s. 3 vd.

Keza bu halde de işletmeyi devralan şirket, Bakanlık nezdindeki tescil ile birlikte spor anonim şirketi statüsünü kazanabilmektedir⁶⁹.

Günümüzde bağımsız bir endüstri haline gelen sporda, şirketleşmenin en önemli dezavantajı kulüp kültürünün ve geleneksel yapının korunamamasıdır. Spor kulüplerinin hem geleneksel yapılarını korumaları hem de büyüyen ekonomilerini daha iyi yönetebilmeleri noktasında SKSFK'da bu durum göz önüne alınarak, şirketleşmenin spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki şeklinde gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre bir spor kulübü, bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak kurulan anonim şirkete, bir veya birden fazla spor şubesini devrederek ya da kurulacak bir anonim şirkete spor şubesini sermaye olarak taahhüt edip şirketleşme yolunu seçebilir (SKSFK m. 15/1). Zira spor şubesinin devredildiği veya sermaye olarak taahhüt edildiği şirketin, Bakanlık nezdindeki tescili ile birlikte ilgili şirket, spor anonim şirketi statüsünü kazanır. Bu sayede kulübün geleneksel yapısı ve taraftar kültürü de korunmuş olur.

2. Spor Anonim Şirketi Statüsünün Kaybı

Spor anonim şirketleri için ticaret sicili haricinde spor anonim şirketi siciline tescil zorunluluğunun varlığı, spor anonim şirketinin son bulması ile spor anonim şirketi statüsünün kaybedilmesi bakımından da bir ayırım yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Zira bu bağlamda tescile ilişkin şartları kaybeden, organlarını SKSFK'ya aykırı olarak oluşturan ve Bakanlık tarafından yapılan yazılı ihtar rağmen bu aykırılıkları ihtar tarihinden itibaren üç ay içinde gidermeyen, taahhüt ettiği hiçbir spor faaliyetine izinsiz ve mazeretsiz olarak üst üste üç yıl katılmayan, spor anonim şirketlerinin Bakanlık nezdindeki tescilleri Bakanlık tarafından iptal edilir (SKSFK m. 14/4). Buna göre spor anonim şirketi statüsünün kaybedilme nedenlerinden biri gerçekleştiği takdirde, Bakanlık sicilinden terkin edilen ilgili şirket, spor anonim şirketi statüsünü kaybeder.

Spor kulüpleri bakımından ise aynı şartların gerçekleşmesi halinde Bakanlığın spor kulüplerinin spor faaliyetlerine katılmasını yasaklayabileceği, ayrıca sayılan hallerde Bakanlık veya spor kulübünün herhangi bir üyesinin istemi üzerine mahkeme tarafından spor kulübünün

⁶⁹ Aslan s. 117-120.

feshine karar verilebileceği ve dava sırasında faaliyetten alıkoyma dahil gerekli bütün önlemlerin alınabileceği belirtilmiştir (SKSFK m. 9/4).

Spor kulüpleri bakımından Bakanlık, spor kulübünün tescilini iptal etmemekte, spor faaliyetinden yasaklama yaptırımını uygulamaktadır. Spor kulübünün feshine ise, Bakanlık veya spor kulübünün herhangi bir üyesinin istemi üzerine, mahkeme karar vermektedir. Spor kulüpleri, spor kulüpleri siciline tescil ile tüzel kişilik kazanıp, bu sicilden terkin ile tüzel kişilikleri sona ereceğinden, tescilin iptali yaptırımının öngörülmemesinin sebebi, tüzel kişiliğin Bakanlık kararı ile değil, mahkeme kararı ile sona erdirilmesinin amaçlanmasıdır. Zira, spor anonim şirketlerinin Bakanlık nezdindeki tescillerinin iptali, şirket tüzel kişiliğine hanel getirmeksizin sadece şirketin spor faaliyetinden yasaklanması anlamına gelmektedir. Buna karşın tek faaliyet konusu spor faaliyeti olan bir spor anonim şirketinin yaptırım niteliğinde tescilin iptali, faaliyet konusunun gerçekleşmesini objektif nitelikte imkansız hale getireceğinden şirketin infisah etmesi söz konusu olabilir⁷⁰. Spor anonim şirketinin infisahi gibi ağır sonuçlara sebebiyet verebilecek bu nevi bir durumda Bakanlığın doğrudan işlem yapması yerine, spor kulüplerinde olduğu gibi Bakanlık veya tespit edilecek ilgili kişilerin konuyu yargıya taşıyarak terkine mahkeme tarafından karar verilmesi daha isabetli görülmektedir⁷¹. Kaldı ki Bakanlık tarafından çıkarılan ilgili ikincil düzenlemelerde, sicil görevlilerince verilecek kararlara karşı herhangi bir itiraz yolunun öngörülmemesi de önemli bir eksikliklerdir.

3. Spor Anonim Şirketlerinin Unsurları

Spor anonim şirketleri TTK hükümleri dahilinde pay sahibi olan bir veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişiyle kurulabilir. Pay sahiplerinin tabiiyeti ve ikametgâhı bakımından TTK'da bir sınırlama olmadığından, spor anonim şirketlerinin de yabancı kişiler tarafından kurulması da mümkündür⁷².

⁷⁰ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 408; Kayıhan, s. 281 vd.; Pulaşlı, s. 611 vd.

⁷¹ Aslan, s. 133.

⁷² Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 242 vd.; Şener, (*Şirketler*), s. 298 vd.; Pulaşlı, s. 312; Kayıhan, s. 176.

SKSFK'da spor anonim şirketi; “*spor faaliyetinde bulunmak amacıyla Bakanlığa tescilini yaptıran anonim şirket*” (m. 2/1.i), spor faaliyeti de, “*Bakanlık veya spor federasyonları tarafından düzenlenen ya da izin verilen spor müsabaka ve yarışmaları ile bunların hazırlık ve eğitim çalışmaları*” (m. 2/1.m) şeklinde tanımlanmıştır. Ancak spor anonim şirketlerinin tek kuruluş amacı spor faaliyetinde bulunmak olmayabilir. Zira spor anonim şirketleri, spor faaliyetleri yanında diğer amaç ve konular için de kurulabilir. Dolayısıyla Kanundaki düzenlemenin, spor anonim şirketlerinin kuruluş aşamasındaki amacına ilişkin bir sınırlamadan ziyade, söz konusu şirketin spor anonim şirketi olarak Bakanlık tarafından tutulan spor anonim şirketi siciline tescil edilmesi esnasında şirketin amacında yer alması gereken bir husus olarak anlaşılması gerekir⁷³.

Anonim şirketlerin esas sözleşmesinin kanuni zorunlu içeriği TTK m. 339/2'de belirlenmiştir. Bu kapsamda, esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusunun esas sözleşmede yer alması zorunludur⁷⁴. Spor anonim şirketlerinin ekonomik amacı spor faaliyetleri kapsamında kazanç elde etmek ve paylaşmaktır. Tebliğ'de de spor anonim şirketlerinin esas sözleşmelerinde; şirketin işletme konusunun, esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış olarak spor faaliyetlerinde bulunulmasını içerecek şekilde yer alması gerektiği belirtilmiştir (m. 5/1.b). TTK'daki ilgili hükmün tekrarı şeklinde ele alınan düzenlemede, ana sözleşmede çok genel bir kavram olan “*spor faaliyetinde bulunulması*” ibaresi yeterli görülmüş, ancak faaliyette bulunulacak spor dalı ile ilgili başkaca bir açıklamaya ihtiyaç duyulmamıştır. TTK m. 339 kapsamında, işletme konusuna ilişkin belirsizliğin giderilecek şekilde ikincil bir düzenleme yapılamaması bu yönüyle eksiklik teşkil etmektedir.

Spor anonim şirketlerine yönelik SKSFK m. 14/3 haricinde asgari sermayeye ilişkin herhangi bir zorunluluk öngörülmemiştir. Bu nedenle TTK hükümleri gereği spor anonim şirketlerinin sermayesinin de, belirli ve paylara bölünmüş olması (TTK m. 329/1), asgari sermaye tutarının 50.000.-TL, kayıtlı sermayenin kabul edildiği şirketlerde ise başlangıç sermayesinin asgari 100.000.-TL olarak belirlenmesi (TTK m. 332/1)

⁷³ Aslan, s. 107-108.

⁷⁴ Kayıhan, s. 178; Şener, (*Şirketler*), s. 305; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 242; Pulaşlı, s. 316.

gerekir⁷⁵. Keza borçlarından dolayı şirket kendi malvarlığı ile sorumlu olduğundan (TTK m. 329/1), pay sahiplerinin şirkete karşı taahhüt ettikleri sermaye borcu haricinde, şirket borçlarından dolayı sorumlulukları söz konusu değildir. Buna karşın SKSFK m. 14/3'te, belirli liglerde yer alabilmek için spor federasyonlarına spor anonim şirketi statüsünde olma yükümlülüğü ve bu şirketler için ödenmiş sermayenin bir milyon Türk Lirasından az olmamak üzere asgari sermaye zorunluluğu getirebilme imkanı sağlanmıştır. Bu zorunluluk federasyonların tercih ve inisiyatiflerine bırakılmıştır. Bununla birlikte anılan düzenlemede, ilgili ligde federasyonların belirtilen her iki koşulu birlikte öngördüğünü varsaymak kanaatimizce daha isabetlidir. Zira, madde metninde iki koşul virgülle sıralanmadığı gibi “ve” bağlacıyla da birbirine bağlanmıştır. Ayrıca *Aslan*'ın da belirttiği üzere, düzenlemeyle futbol gibi güçlü bir ekonomik pazara sahip spor dallarında ligdeki tüm kulüplerin anonim şirket statüsünde olma zorunluluğunun yanı sıra güçlü bir sermaye yapısına sahip olmaları da hedeflenmiştir⁷⁶.

SKSFK'da spor anonim şirketlerinin ticaret unvanı, kulüp adı, spor federasyonlarına tescil edilecek adı ve lige katılım adına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece m. 8/3'te spor kulübünün müsabakalara katılım ismi ve unvanından bahsedilmiştir. Buna karşın

⁷⁵ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 231; Kayıhan, s. 164 vd; Pulaşlı, s. 300 vd.

⁷⁶ Anılan düzenleme, hukuken profesyonel olmamış bir spor federasyonunun spor anonim şirketi olma yükümlülüğü getirmesi halinde bazı tartışmaları beraberinde getirebilecek niteliktedir. İlâveten alt ligdeki bir kulübün tüm kulüplerin spor anonim şirketi statüsünde olduğu bir üst lige yükseldiği hallerde de bazı sorunların yaşanması kaçınılmaz olacaktır. Nitekim Kanun kapsamında spor kulübünden spor anonim şirketine dönüşmeye (spor kulüpleri ile spor anonim şirketleri arasında tür değiştirmeye) ilişkin bir hükme yer verilmediğinden, bu kulüplerin ilgili spor şubelerini kurdukları veya kuracakları bir spor anonim şirketine devretmeleri gerekmektedir. Buna karşın Kanun, birleşme ve mal varlığının devri işlemlerini, spor federasyonu tarafından belirlenen sezonun sona erdiği ve tescil edildiği tarihten itibaren yeni sezon başlangıcına kadar yapılabileceğini öngörmüştür (m. 8/7). Spor dallarındaki sezon arası sürenin kısalığı, spor anonim şirketi statüsünün kazanılması için yapılacak tescil başvurusunda Bakanlığa 30 gün inceleme süresi tanınmış olması ve bir milyon Türk Lirası ödenmiş sermayeye sahip olma zorunluluğu nedeniyle ihtiyaç halinde sermaye artırımına gidilebilme ihtimali anılan düzenlemenin uygulanmasına yönelik sorun başlıkları arasında sıralanabilir. Tartışmalar için bkz: Aslan, 109; Orhan/Özkurt, s. 117.

Yönetmeliğin “*Spor kulüplerinin isimleri ve spor anonim şirketlerinin unvanları*” kenar başlıklı 20. maddesinde spor kulüplerinin isimleri ile spor anonim şirketlerinin unvanlarına ilişkin açıklama getirilmiştir.

Yönetmelikteki düzenleme gereği spor kulüplerinin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamak ve amaçlarına uygun olmak kaydıyla istedikleri isimleri alabilmeleri serbesttir (m. 20/1). Bununla birlikte her tacir bir ticaret unvanı seçmek ve ticari işlerinde bunu kullanmak zorunda olduğundan⁷⁷ (TTK m. 18/1, m. 39/1) spor anonim şirketleri de bir ticaret unvanı seçip kullanmak zorundadır. SKSFK’da spor anonim şirketleri için ticaret siciline ve spor anonim şirketi siciline tescil zorunluluğunun yanı sıra, faaliyette bulunacakları spor dalını ilgili spor federasyonuna tescil ettirmek zorunluluğu da getirilmiştir (m. 14/5). İlgili hükümler dahilinde spor anonim şirketlerinin ticaret unvanı ile lige (müsabakalara) katılım isminin birbirinden farklı olabileceği sonucuna ulaşabilmek mümkündür⁷⁸. Buna karşın Yönetmeliğin 20. maddesinde spor kulüplerinin isimleri ile spor anonim şirketlerinin ticaret unvanları ayrı fıkralarda ele alınmış; birinci fıkra spor kulüplerinin isimlerine ilişkin temel esaslara yer verirken; altıncı fıkrada ilgili maddedeki düzenlemelerin TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla ve niteliğine uygun düşüğü ölçüde spor anonim şirketlerinin unvanlarına ilişkin olarak da kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin tescil edildikleri veya isim ve unvan değişikliği yaptırdıkları tarihten itibaren bir yıllık süre geçmeden yeniden isim ve unvan değişikliği yapamayacaklarını öngören 3. fıkrada, kulüp ismi ve ticaret unvanı birbirinden ayrıştırılarak tek tek ifade edilme yolu tercih edilmiştir. Bu kapsamda ticaret unvanına ilişkin TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla, gerekli şartları taşıyan bir kulüp ismiyle ticaret unvanının aynı olması ya da kulüp isminin ticaret unvanından farklı olması kanaatimizce mümkündür.

⁷⁷ Poroy/Yasaman, s. 394 vd.; Arkan, s. 281; Şener, (*İşletme*), s. 496 vd.

⁷⁸ Spor medyası, taraftar kültürü, kullanım kolaylığı, sponsorluk sözleşmesi vb. bazı haklı gerekçeler nedeniyle lige katılım adının ticaret unvanından farklı olabilmesi için doğasına daha uygundur. Bkz: Aslan, 114.

4. Spor Anonim Şirketlerinin Organları

6102 sayılı TTK gereği anonim şirketlerin genel kurul ve yönetim kurulu olmak üzere iki zorunlu organı mevcuttur⁷⁹. SKSFK’da ise spor kulüplerinin zorunlu organları; genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu olarak belirtilmesine karşın (m. 5/1); spor anonim şirketlerinin sadece TTK’ya göre kurulup teşekkül edeceği düzenlenmiştir (m. 14/1).

a. Genel Kurul ve Denetim

Anonim şirketlerde karar organı esas itibarıyla genel kuruldur. Zira ortaklar iradelerini genel kurul toplantıları aracılığıyla ortaya koymakta ve şirketin idaresine ilişkin haklarını temel olarak genel kurul aracılığıyla kullanmaktadır⁸⁰. SKSFK’da ise spor anonim şirketlerinin genel kurulu ile ilgili özel hükümlere yer verilmemiş, Kanunun 25. maddesindeki yollama nedeniyle genel kurulun işleyişi ve kararlarıyla ilgili TTK hükümlerine atıf yapılmıştır.

6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu’ndan farklı olarak 6102 sayılı TTK’da zorunlu organ niteliğini haiz denetçi veya denetim kurulu tarafından gerçekleştirilen iç denetim zorunlu olmaktan çıkarılmıştır. Ancak TTK kapsamında yönetim kurulunun, iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabileceği, şirketin iş ve işlemlerinin denetlenmesine ilişkin bir iç-denetim sisteminin oluşturulabileceğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir (m. 366/2, 375/1.c). TTK kapsamında, anonim şirketler için bağımsız denetim ve bağımsız denetim dışında kalan şirketlerin denetimine ilişkin iki ayrı denetim türü öngörüldüğünden, spor anonim şirketlerinin de bu kapsamda denetlenmesi söz konusu olacaktır⁸¹.

⁷⁹ Kayıhan, s. 185; Pulaşlı, s. 351.

⁸⁰ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 294; Kayıhan, s. 204.

⁸¹ Bağımsız denetime tabi olacak anonim şirketlerin TTK m. 397/4’e göre Cumhurbaşkanlığı kararı ile belirleneceği öngörülmüştür. Bu kapsamda 2023 yılında bağımsız denetime tabi şirketlerin belirlenmesi amacıyla Cumhurbaşkanlığı tarafından 30 Kasım 2022 tarihli ve 32029 sayılı Resmi Gazete’de “*Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Karar (Karar Sayısı: 6434)*” yayımlanmıştır. Buna göre ilgili kararın ekli 1 listesinde (1) bendi dahilinde; *Sermaye piyasası araçları bir borsada veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören veya işlem görmeleri amacıyla*

Bununla birlikte spor anonim şirketleri; Gençlik ve Spor Bakanlığı, anonim şirket olmaları nedeniyle TTK kapsamındaki işlemleri ile sınırlı olarak Ticaret Bakanlığı ve halka açık spor anonim şirketlerin Sermaye Piyasası Kurumu ile Türkiye Futbol Federasyonu ve UEFA denetimine tabi olacaktır.

b. Yönetim Kurulu

Spor anonim şirketlerinde asıl önem arz eden organ yönetim kuruludur. SKSFK'nın 16. maddesinde TTK'nın m. 359/1 hükmünün tekrarı şeklinde spor anonim şirketlerinin yönetim kurulunun, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya daha fazla kişiden oluşacağına yer verilmiştir. Dolayısıyla TTK ve diğer kanunlarda anonim şirket yönetim kurulu üyelerine yönelik öngörülen nitelik ve koşullar, spor anonim şirketi yönetim kurulu üyeleri için de geçerlidir. Bununla birlikte SKSFK m. 16, spor anonim şirketlerinin yönetim kurulu üyeleri hakkında diğer mevzuatta aranan şartlara ilaveten anılan Kanunun 5. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarının da uygulanacağını öngörmektedir. SKSFK m. 5/4 hükmü spor anonim şirketi yönetim kurulu üyelerinin belirli suçlardan mahkum olmamasını, m. 5/5 hükmü ise ilgili disiplin kurullarından hak mahrumiyeti cezası almamış olmayı öngörmektedir⁸².

Sermaye Piyasası Kurulunca onaylanmış geçerlilik süresi bulunan izahname veya ihraç belgesi bulunan anonim şirketler herhangi bir ölçüte bağlı olmaksızın bağımsız denetime tabi şirketler arasında sayılmıştır. Bu nedenle BİST'de işlem gören dört büyük futbol takımının (Fenerbahçe, Galatasaray, Beşiktaş ve Trabzonspor) spor anonim şirketleri bağımsız denetim kapsamında yer almaktadır. Bunların dışında kalan spor anonim şirketlerinin bağımsız denetim kapsamında olup olmadığı ise ilgili karar kapsamında belirtilen ekonomik eşiklere ve sair şartlara göre değerlendirilecektir.

⁸² SKSFK m. 5/4 kapsamında spor anonim şirketlerinde yönetim kurulu üyesi olmaya engel, kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkum olmak, kişilerin fiil ehliyetini kısıtlayan bir durum olduğundan, zaten bu halde TTK m. 359/4 ve 363/2 gereği yönetim kurulu üyeliği söz konusu olamayacaktır (Bkz: Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 258; Kayihan, s. 209). Madde 5/5 kapsamında ise sportif cezadan kaynaklı olarak yönetim kurulu üyeliğinin sona ereceği düzenlenmiştir (Bkz: Orhan/Özkurt, s. 119).

SKSFK m. 16/3'te sadece yönetim kurulu üyeleri bakımından, m. 5/4 ve m. 5/5'e atıf yapılmış olup, yönetim kurulu üyesi olmayan yöneticiler bu kapsamda dahil edilmemiştir. Zira SKSFK'da yönetim kurulu yanında, yönetici kavramına yer verilmiş ve spor anonim şirketi yöneticisi "*Spor anonim şirketi yönetim kurulunca spor anonim şirketinin yönetim veya temsili hususunda murahhas üye veya müdür olarak yetkilendirilen gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır (m. 2/1.i). Bu tanımda yönetim ve temsil yetkisinin devredildiği kişiler de yönetici olarak kabul edilmiş, ancak murahhas üyeler dışındaki yönetim kurulu üyeleri yönetici tanımı kapsamına dahil edilememiştir. Anonim şirketler bakımından yönetim ve temsil yetkisi genellikle aynı kişilerde toplansa da, TTK m. 367 ve m. 307/2 gereği yönetim ve temsil yetkisinin farklı kişilere devri mümkündür. Temsil yetkisinden bağımsız olarak yönetimin devredildiği hallerde ise murahhas üye/müdür sıfatı kullanılmamaktadır⁸³. SKSFK'da ise bu yönde bir ayrıma gidilmeksizin yönetim veya temsil yetkisinin devredildiği kişiler murahhas üye veya murahhas müdür olarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda TTK'da yönetici kavramı, temsilcileri de içerecek şekilde, yönetim kurulu üyeleri, yönetim ve temsil yetkisinin devredildiği murahhas üye ve murahhas müdürleri, ticari temsilci ile genel ve özel yetkili ticari vekilleri de kapsarken; SKSFK açısından spor anonim şirketi yöneticisi genel müdür, genel müdür yardımcısı, müdür, genel koordinatör, direktör ve benzeri sıfatları taşıyan kişiler ile ticari temsilci ve ticari vekilleri kapsamaktadır⁸⁴.

SKSFK m. 16/4, spor kulübü ve spor anonim şirketi yönetiminde yer alanların aynı spor dalında ve aynı ligde faaliyet gösteren başka bir spor kulübü veya spor anonim şirketinin yönetiminde aynı anda görev

⁸³ TTK m. 370/2'de temsil yetkisinin murahhas üye veya murahhas müdürlere devredileceği hüküm altına alınmışken, TTK m. 367'de yönetimin devredildiği kişiler için bu kavramlar kullanılmamıştır. Doktrinde Pulaşlı, temsil yetkisinden bağımsız olarak yönetimin devredildiği durumlarda, kendisine görev devredilen üyelerin murahhas sıfatını taşıyacağını, ancak bu kişilerin şirketi temsil yetkisi olmadığından bunlar arasında "icracı-icracı olmayan" ayrımının yapılamayacağını belirtmektedir. Tartışmalar için bkz: Pulaşlı, s. 445; Gürbüz, Usluel: İcra Kurulu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.142, Yıl:2019, s. 372-373; Şener, (*Şirketler*), s. 372; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 274-275.

⁸⁴ Bkz. Aslan. 181.

alamayacaklarını öngörmüştür⁸⁵. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağı ise TTK m. 396'da ele alınmıştır. SKSFK m. 16/4 yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra yöneticileri de kapsam altına alırken, TTK m. 396'daki yasak yönetim kurulu üyelerini kapsar şekilde düzenlemiştir⁸⁶. Yönetim kurulu üyelerinin genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremeyeceğini öngören TTK m. 396/1 hükmü, SKSFK'nın 16. maddesindeki düzenlemeye göre genel niteliktedir. Bu nedenle SKSFK'daki özel hükmün düzenlediği alan bakımından TTK tatbik imkanı bulamayacaktır. SKSFK m. 16/4 hükmü sadece aynı ligde yer alan şirketler bakımından bir sınırlandırma getirerek yasak kapsamını daraltırken, öte yandan spor kulüplerinin kendi bünyesinde ve spor kulüpleri ile spor anonim şirketleri arasında, uygulama alanını genişletmiştir⁸⁷. SKSFK m. 16/4'te aynı ligde yer alan kulüplerde yönetim kurulu üyeliği ve yöneticilik kesin olarak yasaklanmış iken; TTK m. 396/1 gereği esas sözleşmede aksine düzenleme olması veya genel kuruldan izin alınması durumunda, sayılan işlerin yapılması mümkündür. Son olarak SKSFK m. 16/4'te rekabet yasağının ihlali halindeki yaptırıma yer verilmediği için SKSFK m. 25 gereği, TTK m. 396 hükmü dikkate alınacaktır⁸⁸.

⁸⁵ Aynı ligde yer alan kulüplerin, işin doğası gereği aynı spor dalında faaliyet göstermesi gerekeceğinden, kanun metninin kaleme alınışı isabetli olmamıştır. Bkz: Aslan, s. 184.

⁸⁶ Doktrinde rekabet yasağının yöneticileri de kapsamı gerektiği yönündeki görüşler için bkz: Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku C. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 688; Akdağ Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 240; Günaydın, Gültekin: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Rekabet Yasağı, Yayımlanmış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022, s. 143; Aksı yöndeki görüşler için bkz. Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku C. 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 503; Ayan, Özge: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 154.

⁸⁷ Aslan, 185.

⁸⁸ Aslan 185-186; Yüce, s. 494.

Sporda şirketleşme noktasında en çok tartışılan konulardan biri de şirket yöneticilerinin sorumluluğudur. Nitekim SKSFK'nın ihdasıyla, spor anonim şirketi yöneticilerinin sorumluluk hukuku anlamında yükümlülüklerini artırmak, böylece şirket yöneticilerinin şirket adına yapacakları borçlandırıcı işlemlerde daha ihtiyatlı davranmalarını sağlamak hedeflenmiştir⁸⁹. Anonim şirketlerde kurucu, yönetim kurulu üyesi, yönetici ve tasfiye memurlarının sorumluluğu, hukuki sorumluluk başlığı altında TTK m 553 vd. hükümlerinde ele alınmışken; SKSFK spor kulüpleri ile birlikte, spor anonim şirketi başkan, yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin sorumluluklarını, farklı bir sistematikte “*Spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin bütçe ve harcama ilkeleri*” kenar başlıklı 20. maddesinde konu etmiştir.

SKSFK m. 20/13'ün ilk cümlesinde; spor kulübü ve spor anonim şirketi başkan⁹⁰ ve yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin; mevzuat, tüzük ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kasıt veya ihmalle ihlal ettikleri takdirde kulüp, şirket, pay sahipleri ve alacaklılara karşı verdikleri zararlardan müteselsilen sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Hükümde yer alan “*kast ve ihmâl*” ibaresi, TTK'nın kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurlarının kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumluluğun düzenlendiği 553. maddede yer alan kusur sorumluluğuyla paralellik arz etmektedir. Ancak SKSFK, sorumluluğun kaynağını kanun ve esas sözleşmeyle sınırlayan TTK hükmüne nazaran “*mevzuat*” ibaresine de yer vererek çok daha geniş düzenlemiştir; buna karşın sorumluluğa tabi olan kişileri yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerle sınırlamıştır. Öte yandan TTK'nın birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları halinde, bunlardan her birinin, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zararın şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olacağını düzenleyen 557. maddedeki farklılaştırılmış teselsül karinesine karşı; SKSFK'da

⁸⁹ Yüce, s. 496.

⁹⁰ Hükümde yer alan “başkan” ifadesiyle yönetim kurulu başkanının kast edildiği değerlendirilmekte birlikte, *Aslan*'ın da belirttiği üzere, yönetim kurulu başkanının, üye sıfatı nedeniyle tekrar ve hatalı bir şekilde maddeye konu edilmesi isabetli olmamıştır. Bkz: *Aslan*, 187.

TBK m. 162⁹¹ kapsamında, kanunda öngörülen bir hâl olarak, müteselsilen sorumluluk kabul edilmiştir⁹². SKSFK m. 20/13 kapsamında ele alınmayan konular bakımında ise 25. maddenin yollaması nedeniyle TTK'nın ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Spor anonim şirketi yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerinin SKSFK m. 20/13.c.1 kapsamındaki yükümlülüklerinin ihlali halinde, kusurun ispatının TTK m. 553/1 dahilindeki tartışmalara göre değerlendirilmesi isabetli olacaktır⁹³.

⁹¹ *MADDE 162- (1) Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar.*

(2) Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar.

⁹² Anonim şirketlerde farklılaştırılmış teselsül ilkesi, birden fazla üyenin neden olduğu ortak bir zararda, her bir yönetim kurulu üyesinin kendi sorumlu olduğu zarar oranında tazminatla sorumlu olması esasına dayanan bir ilkedir. Tam teselsülde kusurun derecesine bakılmaksızın dış ilişkide tüm borçlular borcun tamamından sorumlu iken, farklılaştırılmış teselsülde ise iç ilişkide ileri sürülebilecek kusurun derecesinin dış ilişkide de ileri sürülebilmesi imkanı getirilmiştir. Esasen farklılaştırılmış teselsül ilkesi, mutlak teselsüle nazaran sorumluluk hukukunun amacına daha hakkaniyetli bir şekilde hizmet etmektedir. Bkz: Pulaşlı, s. 703-704; Koç, Himmet: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), Cilt:3, Sayı:1, Yıl: 2020, s. 70-71; Altay, Sıtkı Anlam: Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:151, Yıl: Mart 2019, s. 69.

⁹³ Bu hususta *Aslan*, TTK m. 553/1 ile SKSFK m. 20/13 arasında ispat yükü bakımından bir fark bulunmadığını, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin yükümlülüklerini ihlal ettiğinin davacı tarafından ispatlanması gerektiğini belirtirken; *Yüce* de spor anonim şirketi başkan ve yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin şirket ile arasındaki hukuki ilişkinin sözleşme temeline dayandığını, bu nedenle sözleşmelerde borca aykırılık ile ilgili TBK m. 112 hükmüne göre borç hiç veya gereği gibi ifa edilmedikçe, borçlunun kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmediği müddetçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğunu dile getirmiş, buna karşın TTK m. 553 hükmünde olduğu gibi SKSFK m. 20/13'te de ispat yükünün değiştirildiğini belirtmiştir. (Bkz: *Yüce*, s. 497; *Aslan*, s. 190).

SKSFK m. 20/13.c.2’de ise; zarara sebebiyet verenlerin bu maddenin dördüncü, beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarına aykırılık hallerine ilişkin sorumluluklarında kasıt veya ihmâl aranmayacağı ve zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiklerini ispat etmedikçe sorumluluklarının devam edeceği hüküm alınmıştır⁹⁴. Bu kapsamda ilgili düzenlemelere konu sorumluluk hallerine aykırı davranışlar herhangi bir kasıt veya ihmâl şartı aranmaksızın kusursuz olarak sorumlu olacaklardır. Hatta fıkranın ilk cümlesinden farklı olarak

Şirketler hukuku temelinde de, ispat hususunda bir görüş; sorumluluk davası açmak isteyen muhtemel davacıların, kanun ve esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlalini ve zarar ile sorumluluk süjelerinin kusurunu ispat etmek durumunda olduğunu, TTK m. 553/1’in ilk halinde, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin kusurlarının bulunmadığını ispat etmeleri gerektiği düzenlenmesine karşın, 6335 sayılı Kanun m. 41 ile bu fıkrada yer alan “*kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça,*” ibaresi madde metninden çıkarılarak ispat yükünün davacıya geçtiğini ileri sürmektedir. (Bkz: Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 410 Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 432; Bahtiyar, s. 329- 330; Akdağ Güney, s. 320) Öte yandan yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin şirkete karşı sorumluluğunun sözleşme ilişkisine dayanmasından dolayı, bu kişiler hakkında kusur karinesinin devam ettiği, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin kusurlarının bulunmadığını ispat etmeleri gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur. Son görüş dahilinde şirket ile yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu ve sorumluluk davasının bu sözleşme ihlaline dayandığı için TBK m. 112 gereği dava edilen kişilerin kusurlu olmadıklarını kendilerinin ispatı gerektiği; buna karşın alacaklıların doğrudan veya dolaylı zararlara ilişkin taleplerinde ise alacaklılar ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin haksız fiile dayanması nedeniyle ispat yükünün davacı alacaklılara ait olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kendigelen,, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 459-460; Pulaşlı, 2016, s. 693; Şener, (Şirketler), s. 422.

⁹⁴ Anılan maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında alacaklıların devri ile borçlanmaya ilişkin sınırlamalara yer verilmiş, sekizinci fıkrasında hak ve alacaklıların devri ile borçlanmaya ilişkin yasaklar düzenlenmiş, dokuzuncu fıkrasında ise spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri adına veya hesabına yapılacak ödeme ve tahsilatların 5411 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile finansal kuruluşlar veya Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi aracılığı ile yapılması zorunlu kılınmıştır.

kusursuz sorumluluk hali yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler haricinde, şirketin zarara uğramasını engellemek ve sermayenin korunmasını sağlamak amacıyla zarara sebebiyet veren herkesi kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca Kanunun 47. maddesi dahilinde spor kulübü ve spor anonim şirketi başkan, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerinin 20. maddenin dördüncü, beşinci veya sekizinci fıkralarına konu kusursuz sorumluluk hallerine aykırı fiilleri nedeniyle bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaları öngörülmüştür (m. 47/1). Buna karşın hükümde sorumluların zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiklerini ispat etmeleri koşuluyla sorumluluktan kurtulabilecekleri belirtilmiştir. Düzenlemeye konu özen yükümlülüğün, kusursuz sorumluluktan kurtulabilmenin objektif ölçüsünü ifade eden objektif özen yükümlülüğü olarak kabulü gerekir⁹⁵. TTK m. 369/1'de de yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetmek yükümlülüğü altında oldukları hüküm altına alınırken nesnel, objektif bir özen ölçütü getirilmiştir. Bununla birlikte objektif özen yükümlülüğüne aykırılık belirlenirken her somut olayın kendi koşulları da değerlendirilmelidir⁹⁶. Bu kapsamda spor anonim

⁹⁵ İhmal, hukuka aykırı sonucun istenmemesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradeyi yeter derecede kullanmamak, hâl ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemektir. Doktrinde hakim olan görüşe göre, ihmalin tespitinde esas alınan özenin kapsamı, failin subjektif nitelikleri dikkate alınmaksızın objektif olarak belirlenmelidir. Failin davranışının benzer koşullar altında normal ve makul bir insandan beklenen ortalama davranış biçiminden farklı olmaması gerekir. Bununla birlikte her somut durumda, olayın tehlikeliliği, önemi ve güçlüğü gibi unsurları dikkate alarak, özenin ölçütü tespit edilmelidir. Kusur kavramının objektifleştirilmesi gerekli özenin somut olayda gösterilip gösterilmediğine göre belirlenmelidir. Bkz: Tiryaki, Betül: Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması, EÜHFD, C. XII, S. 3-4 , Yıl 2008, s. 270; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 529; Tandoğan, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961, s. 50.

⁹⁶ Bahse konu objektif değerlendirme, somut olayda yönetim kurulu üyesinin işini yaparken gösterdiği özenin, ifa edilen görevin ya da işin gerektirdiği niteliklere sahip makul ortalama nitelikleri haiz bir yönetim kurulu üyesinin bu görevi yerine getirirken göstereceği özen derecesi dahilinde kıyaslanması gerekir. Her somut olayın kendi özellikleri kapsamında bu

şirketleri bakımından da gerek kusurun ve sorumluluğunun tespitinde gerekse de kusursuz sorumluluğun ortadan kalkıp kalkmadığının belirlenmesinde objektif özen ölçütünün esas alındığı söylenebilir⁹⁷.

Spor anonim şirketi yöneticilerinin sorumluluklarını artıran bir diğer düzenleme de SKSFK m. 20/13'ün son cümlesidir. Hükme göre spor kulübü, spor anonim şirketi, spor anonim şirketi pay sahipleri ve bunların alacaklıları, spor kulübünün ve spor anonim şirketinin yükümlendirildiği tutar için sorumluları, kasıt veya ihmal şartı aranmaksızın Kanunun 20/4, 5, 8, 9. fıkralarına aykırı davranışları nedeniyle, doğrudan takip edebilme imkanına sahiptir⁹⁸.

yönde bir kıyaslama yapılması, objektif özen ölçütünün açıklığı ve netliği kuralını bozan bir husus değildir. TTK, yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gerekeni özeni tedbirli yönetici ölçüsü ile tanımlarken şirketin menfaatinin gözetilmesine de vurgu yapmıştır. Tedbirli yönetici ölçütü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak “işadamı kararı” (*Business judgement rule*) verebileceğini kabul etmekte ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulması esasına dayanmaktadır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için; Pulaşlı 2016, s. 474-475, 482; Hacımahmutoğlu, Sibel: Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım, Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 31, Sayı:3, Yıl:Eylül 2015, s. 30; Dent, George W: The Revolution in Corporate Governance, The Monitoring Board, and The Director's Duty of Care, Faculty Publications 454, Boston University Law Review 623 (1981), https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/454.

⁹⁷ Aslan 191 vd.

⁹⁸ Anonim şirketler hukuku açısından da TTK m. 395/2'de, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan TTK m. 393'te sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanamayacağı, bu kişiler için şirketin kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği ve bunların borçlarını devralamayacağı, aksi halde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklılarının bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebileceği düzenlenmiştir. Ancak ilgili hükümde sadece pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan belirli yakınları kapsam altına alınmıştır. SKSFK'da ise spor anonim şirketinin yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerinin tamamı için bu yönde bir hüküm sevk edilmiştir. Bkz: Yüce, s. 497-498.

Spor anonim şirketi yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerine karşı dava ve takip haklarına ilişkin SKSFK'da özel bir zamanaşımı süresine yer verilmemiştir. Bu nedenle hukuki sorumluluğa ilişkin TTK'nın 560. maddesinin spor anonim şirketleri bakımından da uygulanması gerekir⁹⁹.

SKSFK m.22/3 dahilinde spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin almış olduğu ibra kararının, davacının, Bakanlığın ve ilgili spor federasyonunun anılan madde kapsamında sahip olduğu dava ve ferî müdahale hakkını ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar anılan maddede herhangi bir dava hakkı tanınmamış olsa da, maddenin ilk fıkrasında Bakanlığa Kanunun 20. maddesi kapsamında açılacak davalarda ferî müdahil olarak yer alma hakkı öngörülmüş ve bu davaların mahkemece Bakanlık ve ilgili spor federasyonuna ihbar edileceği belirtilmiştir. Bu nedenle teknik olarak üçüncü fıkra doğru bir şekilde kaleme alınmamış ise de, hükümde Kanunun 20 maddesi kapsamında şirket, pay sahipleri ve alacaklılara tanınan dava hakkının, spor anonim şirketinin almış olduğu ibra kararına rağmen davacı, Bakanlık ve ilgili spor federasyonu bakımından devam ettiği belirtilmeye çalışılmıştır. Maddedeki davacı ifadesi gerek SKSFK m. 20 gerekse TTK'nın hukuki sorumluluğa ilişkin 549 vd. ilgili maddeleri dahilinde şirket, pay sahipleri ve alacaklıları kapsamaktadır. Hatta şirket ile ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin de bu kapsamda ele alınmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu halde şirket genel kurulunun ibra kararı, şirketin ve pay sahiplerinin bu kişilere karşı sorumluluk davası açma hakkını ortadan kaldırmayacağından, şirket genel kurulu tarafından alınan ibra kararının hukuki niteliği de tartışmalı hale gelecektir¹⁰⁰.

⁹⁹ V - Zamanaşımı

MADDE 560- (1) Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır.

¹⁰⁰ Bu hususta *Aslan* her ne kadar genel kurul kararının menfî borç ikrarı niteliğinden ziyade, Alman hukukunda olduğu gibi sadece güven açıklaması niteliği taşıdığı şeklinde bir izlenim oluşsa da Kanundaki muğlak ifadeden bu sonuca ulaşamayacağını, bu nedenle SKSFK m. 22/3

Spor kulübü ve spor anonim şirketi başkan, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerinin cezai sorumluluğu da Kanunun 47. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre SKSFK'nın 20. maddesinin yukarıda bahse konu dördüncü, beşinci veya sekizinci fıkralarına aykırı fiiller hapis cezasına ile cezalandırılırken, Kanunun muhtelif hükümlerine aykırılık bakımından da adli ve idari para cezası yaptırımlarına yer verilmiştir.

5. Spor Anonim Şirketlerinde Ortaklık Yapısı ve Pay Sahipliği

Anonim şirketlerde esas sermayenin belirli bir parçasını ve pay sahibi olarak şirket ortaklığını ifade eden pay ve hissedarlık yapısı, spor anonim şirketleri bakımından SKSFK'nın 15. maddesinde ele alınmıştır. Sporda şirketleşmenin yasal dayanağını oluşturduğu ve şirketleşmenin önünü açacağı kabul edilen¹⁰¹ 15. maddenin ilk fıkrasında spor kulüplerinin, belirli bir spor dalına ilişkin aktif ve pasif varlıklarını bir bütün olarak, bir spor anonim şirketine sermaye olarak koyabilecekleri veya devredebilecekleri öngörülmüştür. Ancak, bir spor kulübünün aktif ve pasif varlıkları içerisinde, anonim şirkete sermaye olarak getirilemeyecek unsurların bulunması da mümkündür. Bu husus pay sahipleri açısından tek borç ilkesinin geçerli olduğu anonim şirket alacaklılarını korumaya yönelik bazı sakıncaları beraberinde getirebilecektir¹⁰².

Spor anonim şirketleri bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak kurulabileceği gibi spor kulübünden bağımsız olarak da kurulabilir (Tebliğ m. 6/1). Bununla birlikte SKSFK m.15/2'ye göre spor kulüplerinin spor anonim şirketleri ile bağlantısının, 6102 sayılı Kanunun 195. maddesi anlamında doğrudan veya dolaylı hakimiyet şeklinde herhangi bir usulle olabileceği öngörülmüştür. SKSFK m. 15 ile TTK m. 195 bu anlamda yakından ilişkilidir. Bir şirketin herhangi bir aracı gerçek

hükümünün, ibra kararına yönelik TTK sisteminden farklı bir düzenleme getirmediğini belirtmektedir. Tartışmalar için bkz: Aslan, s. 195-196.

¹⁰¹ Madde gerekçesi için bkz: SKSFK Madde Gerekçeleri m. 15, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4331.pdf>, e.t: 10.10.2023.

¹⁰² İlgili düzenleme, hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların anonim şirketlere sermaye olarak getirilmeyeceğini öngören TTK m. 342 hükmü gibi TTK'nın muhtelif düzenleme ve ilkelerine aykırılık teşkil edecek niteliktedir. Bkz: Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 142 vd., 231; Kayıhan, s. 86,164.

ya da tüzel kişi olmaksızın başka bir şirket üzerinde hakimiyetinin bulunması doğrudan hakimiyettir¹⁰³. Bu kapsamda spor kulübünün bir spor anonim şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna sahip olması; spor kulübünün spor anonim şirketinin esas sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haiz bulunması; spor kulübünün kendi oy hakları yanında bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, spor anonim şirketindeki oy haklarının çoğunluğunu oluşturması; spor kulübünün bir spor anonim şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyeti altında tutabilmesi SKSFK m. 15/2 hükmü anlamında doğrudan hakimiyete örnek teşkil edecektir. TTK m. 195/1'de öngörülen haller dışında spor kulübü ile spor anonim şirketi arasında hakimiyet ilişkisinin ortaya çıkması için bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması da spor kulübünün hakimiyetinin varlığına karinedir (TTK m. 195/2).

SKSFK'nın ilgili hükmünde, bir şirketin bir ya da birden fazla gerçek ya da tüzel kişi vasıtasıyla diğer bir şirket üzerinde hakimiyet sahibi olmasının söz konusu olduğu TTK m. 195/3¹⁰⁴'te ele alınan dolaylı hakimiyet haline de yer verilmiştir. Nitekim bir spor kulübünün, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir spor anonim şirketine hakim olması suretiyle dolaylı hakimiyetin meydana gelmesi mümkündür¹⁰⁵.

Tebliğ'in m. 7/2 hükmünde belirtilen hallerin varlığı durumunda da spor kulübü ve spor anonim şirketi arasındaki hakimiyet ilişkisinin varlığı kabul edilmiştir¹⁰⁶.

¹⁰³ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 607.

¹⁰⁴ *MADDE 195- (3) Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir.*

¹⁰⁵ Doğrudan hakimiyet yanında, hakim şirketin veya şirketlerin bir şirkette herhangi bir katılma payı olmaksızın, hakim olduğu bir şirket aracılığıyla söz konusu şirket üzerinde dolaylı hakimiyet kurulması mümkündür. Dolaylı hakimiyette hakim şirketin üçüncü kişilerin desteğine ihtiyaç duyulur. Nitekim, dolaylı hakimiyette, oy hakkının kullanılmasına dair bir sözleşme gibi hukuki işlemler gereğince etkili olan üçüncü kişiler vasıtasıyla hakimiyet kullanılmaktadır. Bkz: Pulaşlı, s. 164; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 607.

¹⁰⁶ *Hâkimiyet*

SKSFK'da öngörüldüğü üzere doğrudan veya dolaylı bir hakimiyetin söz konusu olduğu hallerde spor kulübü lehine bazı imtiyazlar tanınmasına izin verilirken bunun dışında; diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa TTK'da düzenlenen herhangi bir imtiyaz tanınamayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁰⁷. Bu sayede şirket esas sözleşmesinde öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kuruluna seçilme ve yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı tanıyarak temsil edilme imtiyazı içeren TTK m. 360/1 hükmünün spor anonim şirketleri bakımından uygulanmasının önü kesilmiştir. Hatta azınlığın korunmasına yönelik haklar dahi spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri arasındaki yönetsel

MADDE 7- (2) Bir spor anonim şirketinde mal varlığı ya da sözleşme, ortaklık, yönetim veya benzeri bir bağlantısı olan spor kulübünün;

- a) Oy haklarının çoğunluğuna sahip olması,*
 - b) Esas sözleşme uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini veya aday gösterme hakkına sahip olması,*
 - c) Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturması,*
 - ç) Spor anonim şirketini bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabilmesi,*
 - d) Hâkim bulunduğu bir veya daha fazla şirket aracılığıyla spor anonim şirketine dolaylı olarak hâkim olabilmesi,*
- hallerinde spor anonim şirketinin üzerinde hâkimiyetinin bulunduğu kabul edilir.*

¹⁰⁷ Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, m. 15 hükmünün amacı spor kulüplerinin spor anonim şirketleri üzerindeki hakimiyetinin, şirketteki diğer paylar üzerinde imtiyazlar tanınmak suretiyle zayıflatılmasının engellenmesi, spor anonim şirketlerinde hakimiyeti bulunan spor kulüpleri dışında diğer kişi veya grupların etkinliğinin önüne geçilmesidir. Ülkemizde dernek statüsünü sürdüremeyen spor kulüpleri, zorunlu olarak spor şubelerini şirketleştirme sürecine girmiş, ancak spor şubelerinin kendilerinden bağımsız bir yapıda devrini önlemek amacıyla spor şubelerini kendi hakimiyeti altında olacak bir şirkete devretme yolunu tercih etmiştir. Dört büyük futbol kulübünün de izlediği bu yolda, hem spor kulübünün geleneksel yapısından taviz verilmeden ilgili spor şubesinin şirket statüsünde daha kurumsal bir yapıda sürdürülmesi hem de spor şubesinin faaliyet gösterdiği spor dalında dolaylı da olsa faaliyetlerinin devamlılığı sağlanmıştır. Bkz: Aslan; s. 208; Yüce, s. 490.

bağ karşısında feda edilmiştir¹⁰⁸. Buna karşın Kanunun m. 15/2 son cümlesinde yer alan düzenlemenin tüm spor anonim şirketlerini mi kapsadığı yoksa sadece spor kulübü ile spor anonim şirketi arasında hakimiyet ilişkisinin bulunduğu durumlarda mı uygulanacağı net bir şekilde kaleme alınmamıştır. Ancak kanaatimizce, 15. maddenin spor kulüplerinin spor anonim şirketine sermaye olarak koyabileceği varlıklar dahilinde spor kulübünün ilgili spor anonim şirketinde TTK m. 195 anlamında doğrudan ya da dolaylı hakimiyetine ilişkin açıklama yapan ikinci fıkrası dikkate alındığında, son cümlede yer alan imtiyazlara ilişkin düzenlemelerin de bir spor kulübü ile bir spor anonim şirketi arasında hakimiyet ilişkisinin bulunduğu hallerde uygulanması daha isabetli olacaktır¹⁰⁹.

SKSFK m.15/3'te de bir spor kulübü ile bağlantılı olan spor anonim şirketlerinin paylarının nama yazılı olmasının zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Düzenlemedeki spor kulübü ile bağlantılı olan spor anonim şirketi ifadesinden 15. maddenin geneline konu edilen hakimiyet ilişkisinin anlaşılması gerekir. Buna karşın ilgili hükmün; payları borsada işlem gören spor anonim şirketleri dahil olmak üzere tüm halka açık spor anonim şirketlerinin sermaye piyasası mevzuatına tabi olduğu ve SKSFK'da spor anonim şirketleri için getirilen hükümlerin sermaye piyasası mevzuatının halka açık şirketler için getirdiği düzenlemelerle uyumlu olduğu hallerde uygulanacağını belirten SKSFK m. 1/3 hükmü gereği¹¹⁰, halka açık spor anonim şirketlerinde uygulanması söz konusu değildir¹¹¹.

¹⁰⁸ Yüce, s. 491.

¹⁰⁹ Bu hususta *Aslan* da, SKSFK m. 15/2'nin son cümlesinin TTK m. 478/4'ün bir yansıması olduğunu, TTK m. 478/4'ün son cümlesinde, bu hükmün payları borsada işlem gören anonim şirketlerde uygulanmayacağı hüküm altına alınmasına karşın, SKSFK m. 15/2'de böyle bir ayrıma gidilmediğinden spor kulüplerinin bağlı ortaklığı niteliğinde olan ve payları borsada işlem gören (Beşiktaş, Galatasaray, Fenerbahçe ve Trabzonspor) spor anonim şirketlerinin de hükmün kapsamında olduğunu belirtmektedir. Bkz: *Aslan*, s. 208-209.

¹¹⁰ *MADDE 1/(3) Payları borsada işlem gören spor anonim şirketleri de dâhil olmak üzere tüm halka açık spor anonim şirketleri sermaye piyasası mevzuatına tabidir. Bu Kanunda spor anonim şirketleri için getirilen hükümler, sermaye piyasası mevzuatının halka açık şirketler için getirdiği düzenlemelerden ayrılmadığı sürece uygulanır. Aynı konuda farklı*

Anonim şirketlerde, şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurmadığı sürece, esas sözleşmede yer alacak bir hükme istinaden şirketi kuranlara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere menfaat sağlanması imkan dahilindedir¹¹². Buna karşın SKSFK m. 15/4 hükmünde bir spor kulübü ile bağlantılı olan spor anonim şirketlerinde şirket kârından kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere herhangi bir menfaat sağlanamayacağı belirtilmiştir. Hükümde yer alan spor kulübü ile bağlantılı olan spor anonim şirketleri ifadesinin, yukarıda üçüncü fıkra kapsamında yapılan açıklama dahilinde hakimiyet ilişkini vurguladığı değerlendirilmektedir. Madde gerekçesinde, spor anonim şirketlerinin kulüp dışındaki pay sahiplerine çeşitli imtiyazlar tanınmasının ve böylece şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek özel menfaatlerin önüne geçilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Nitekim spor kulüplerinde gönüllülük temel ilke olduğundan, şirketleşme sürecinde de ilgili kişilerin menfaat elde etme amacıyla hareket etmelerinin engellenmesi düşünülmüştür¹¹³.

Şike ve benzeri hususların önlenmesi ve sporda fair play (dürüst oyun) ilkelerinin hakim kılınması amacıyla, anonim şirketler hukukunda

hükümler olması durumunda halka açık spor anonim şirketlerine sermaye piyasası mevzuatı hükümleri uygulanır.

¹¹¹ İlgili düzenlemenin gerekçesinde bir kamu hizmeti olan sporun icra edildiği bu şirketlerin pay sahiplerinin belli olmasının amaçlandığı vurgulanmaktadır. Ancak Türk Ticaret Kanunu, hamiline yazılı payların pay senetlerinin yönetim kurulu kararıyla, pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde bastırılıp pay sahiplerine dağıtılacağını ve hamiline yazılı pay sahipleri ile sahip oldukları paya ilişkin bilgilerin, senetler pay sahiplerine dağıtılmadan önce Merkezi Kayıt Kuruluşuna bildirilmesi gerektiğini öngörmektedir (m. 486/2) Ayrıca hamiline yazılı pay senetlerinin devri de, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak zilyetliğin geçirilmesi suretiyle payı devralan tarafından Merkezi Kayıt Kuruluşuna yapılacak bildirimle hüküm ifade edecektir (m. 489/1). Bu nedenle pay sahiplerinin bilinmesinden ziyade, ilgili hükmün öncelikli gerekçesini; spor kulübünün, spor anonim şirketi üzerindeki hakimiyetini hamiline yazılı paylar ile kaybetmesinin önüne geçilmesi teşkil etmiştir. Bkz: Aslan; 207; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 400; Kayıhan, s.257.

¹¹² TTK m. 339/2-f hükmüne göre, varsa "...kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler..." esas sözleşmede yer alır.

¹¹³ SKSFK Madde Gerekçeleri m. 15, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4331.pdf>, e.t: 10.10.2023; Yüce, s. 493.

benzeri bulunmayan bir yasak olarak da SKSFK m. 15/5'te; gerçek veya tüzel kişilerin aynı ligde yer alan birden fazla spor kulübünde veya spor anonim şirketinde doğrudan veya dolaylı olarak hakimiyeti bulunamayacağı öngörülmüştür. Hükümde sadece aynı ligde mücadele eden spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri üzerinde hakimiyet kurulması yasaklandığından bir gerçek veya tüzel kişinin farklı liglerde yer alan spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri üzerinde hakimiyet kurabilmesi olanak dahilindedir¹¹⁴.

Spor anonim şirketlerinin pay ve hissedarlık yapısı bakımından önemli bir diğer husus da şirketlerin halka açılmasıdır. Spor anonim şirketleri de diğer anonim şirketler gibi daha kurumsal ve denetlenebilir bir yapı dahilinde halka açılabilir. Zira hali hazırda ülkemizde Beşiktaş, Galatasaray, Fenerbahçe ve Trabzonspor spor kulüplerinin şirketleri halka açık şekilde ticari faaliyetlerini devam ettirmektedir. SKSFK m. 1/3'e göre halka açık spor anonim şirketlerine yönelik olarak, öncelikle 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, ilgili yönetmelik, tebliğ vb. diğer düzenleyici hükümlerden oluşan sermaye piyasası mevzuatı uygulanacak, sermaye piyasası mevzuatında aksi yönde bir düzenlemenin bulunmaması halinde ise SKSFK hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Başlı başına ayrı bir çalışma konusu teşkil eden bu hususa, çalışmamızın kapsamı itibarıyla yer verilmemiştir.

6. Birleşme Devir

SKSFK'da spor anonim şirketlerinin birleşmesi ve spor anonim şirketlerine ait spor şubelerinin devri ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Buna karşın zaman içinde örneklerine de şahit olduğumuz spor kulüplerinin birleşmesi SKSFK kapsamında ele alınmıştır. Bu durumda spor anonim şirketlerinin birleşmesi ile ilgili TTK hükümlerinin dikkate alınması, ancak öncelikle spor kulüplerinin birleşmesine ilişkin ilgili düzenlemelerin kısaca değerlendirilmesi gerekir.

¹¹⁴ İlgili düzenleme dahilinde spor kulüplerinde hakimiyetin nasıl sağlanacağı hususu net bir şekilde ortaya konmamıştır. Nitekim bir ticaret şirketi olan spor anonim şirketlerinden farklı olarak spor kulüplerinde hakimiyetin tespiti noktasında TTK m. 195 hükmünün mahiyeti itibarıyla spor kulüplerine uygulanması isabetli değildir. Tartışmalar için bkz: Aslan, s 210.

SKSFK m. 8/1’de spor kulüplerinin, yazılı şekilde yapılan birleşme sözleşmesi ve yönetim kurulu kararı akabinde genel kurullarında ağırlaştırılmış toplantı ve karar yetersayıları dahilinde verecekleri onayla, aynı ilde bulunan başka bir spor kulübü ile birleşebilmelerine izin verilmiştir. Birleşme kararının spor kulüpleri siciline tescil edilmesiyle birleşmenin geçerlilik kazanacağı ve devrolunan spor kulübünün tescil anındaki bütün aktif ve pasiflerinin kendiliğinden devralan spor kulübüne geçeceği öngörülmüştür. Bu birleşme ile devrolunan spor kulübünün üyelerinin kendiliğinden devralan spor kulübünün üyesi olması ve devrolunan spor kulübünün tasfiye edilmeksizin sona ereceği ve spor kulüpleri sicilinden kaydının silineceği belirtilmiştir (SKSFK m. 8/2). Birleşmenin tescili ile birlikte devrolunan spor kulübüne ait sportif başarı ve sportif tarihçe de devralan spor kulübüne geçecektir. Ancak devralan spor kulübü, tescilli adı ve lige katılımında kullandığı adı, devrolunan spor kulübü izlenimi doğuracak herhangi bir değişiklik yapamayacağı gibi devrolunan spor kulübünün lige katılım adı veya unvanı yeniden tescil edilmeyecektir (SKSFK m. 8/3). SKSFK m. 8’de spor kulüplerinin sadece devralma şeklinde birleşmesine izin verilmiş; fakat yeni kuruluş şeklinde birleşmeye ilişkin bir hükme ve yasağa yer verilmemiştir. Bu nedenle iki veya daha fazla spor kulübünün yeni kurulan bir spor kulübünün çatısı altında yeni kuruluş şeklinde bir araya gelerek birleşmeleri de mümkündür¹¹⁵.

Spor anonim şirketlerinin birleşmesi ile ilgili SKSFK’da herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği için TTK’nın “*Birleşme*” kenar başlıklı 136 vd. hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Spor anonim şirketleri ile ilgili SKSFK ve TTK’da, spor kulüplerinin sadece aynı ilde bulunan başka bir spor kulübü ile birleşebileceğine ilişkin bir kısıtlama içeren SKSFK m. 8/1’deki düzenlemeye benzer bir yasak öngörülmendiğinden farklı illerde bulunan spor anonim şirketlerinin birleşebilmeleri mümkündür. Ancak bu yasal boşluk nedeniyle ilgili spor federasyonlarının her spor dalına ilişkin farklı kurallar koyması olasıdır. Bununla birlikte spor kulüplerinden farklı olarak spor anonim şirketleri arasında gerçekleşen birleşmelerde Bakanlığın izni aranmamıştır. Zira birleşme, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanacak, tescil ile birlikte devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifleri devralan şirkete geçecektir (TTK m. 153/1). Buna karşın devralan şirket, spor anonim şirketi statüsüne sahip değilse, spor anonim şirketi siciline tescili

¹¹⁵ Orhan/Özkurt, s. 121.

gerekecektir. TTK m. 136 kapsamında külli halefiyet ilkesi gereği, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi devralan şirkete geçeceğinden, spor kulüplerinin birleşmesinde olduğu gibi spor anonim şirketlerinin birleşmesinde de devrolunan şirkete ait sportif başarı ve sportif tarihçe devralan şirkete intikal edecektir. Yine spor anonim şirketlerinin birleşmesinde de, aynı spor dalında farklı liglerde yer alan şirketlerin birleşmesine bir engel bulunmamaktadır. Buna karşın spor kulüplerinin birleşmesinde devrolunan spor kulübünün lige katılım adı ve kulüp adı yeniden tescil edilemezken (SKSFK m. 8/3) spor anonim şirketlerinin birleşmesinde böyle bir yasak öngörülmemiştir.

Spor anonim şirketlerinin birleşmelerinde olduğu gibi spor şubelerinin devrine ilişkin olarak da SKSFK’da herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Fakat m.8/5 hükmünde spor kulüplerinin faaliyet gösterdikleri spor dallarından bir veya birkaçının aktif ve pasif varlıklarıyla bir bütün olarak, başka bir spor kulübüne veya spor anonim şirketine mal varlığını devredebileceği düzenleme altına alınmıştır. İlgili hükümde aktif ve pasif varlıklarıyla bir bütün olarak devre konu edilen husus, spor kulüplerinin faaliyet gösterdikleri spor dallarından ziyade, spor şubesini ifade etmektedir. SKSFK’da spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin, profesyonel olarak kabul edilen ve izin verilen spor dallarında faaliyette bulunmak üzere profesyonel spor şubesi açabileceği düzenleme altına alınmış, ancak spor şubesi ve profesyonel spor şubesine ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Ancak Futbol Kulüpleri Tescil Talimatındaki “*Dernek veya şirkete ait olan amatör ve profesyonel tüm futbol faaliyetlerinin birlikte yürütüldüğü TFF’ye tescilli olan kulübe ait şube*” şeklindeki futbol şubesi tanımdan hareketle doktrinde Aslan tarafından spor şubesi; bir spor kulübü veya spor anonim şirketinin belirli bir spor dalına ilişkin faaliyetlerinin birlikte yürütüldüğü şube olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶.

Dernek statüsündeki spor kulübünün veya ticaret şirketi vasfını haiz spor anonim şirketinin tüzel kişilikleri karşısında, spor şubelerinin tüzel kişiliklerin olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte spor şubesinin hukuki niteliğinin tespiti bilhassa şubenin devir işlemleri bakımından önem arz edecektir. Zira spor şubesinin bir ticari işletme olarak kabulü halinde, TTK m. 11 kapsamında içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına

¹¹⁶ Aslan, s. 13.

gerek olmaksızın, yazılı şekilde akdedilen devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile spor şubesi bir bütün olarak devredilebilecektir. Buna karşın spor şubesinin bir malvarlığı bütünü veya ticari işletme niteliğinde olmayan bir işletme olarak değerlendirildiği hallerde, SKSFK m. 8/5 ve TBK m. 202/1 gereği bu malvarlığı veya işletmenin, zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılması suretiyle aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi mümkün olacaktır¹¹⁷.

Spor kulüpleri ekonomik amaçtan ziyade, spor faaliyetlerine katılmak gibi manevi tatmine yönelik kurulmuşlardır. Buna karşın bir ticaret şirketi olarak spor anonim şirketlerinin yaptığı tüm işlemler ekonomik niteliktedir. Nitekim anonim şirketin varlık nedeni, TTK m. 19/1 gereği tüzel kişi tacirlerin adı iş sahasının bulunmayışı da bunu da gerektirmektedir¹¹⁸. Bu bağlamda bir spor anonim şirketine ait spor şubesinin başka bir anonim şirkete devri halinde, şubenin bir işletme olarak kabulü, bu işletmenin TTK m. 11 kapsamında aranan hususları¹¹⁹ sağlayıp sağlamadığına göre TTK. m. 11/3 ile TBK m. 202 hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır¹²⁰. Spor anonim şirketlerine ait bir spor şubesinin bir anonim şirketten ziyade spor kulübüne devrine ilişkin de SKSFK’da bir düzenleme mevcut değildir. Şirketleşmeyle birlikte, spor kulüpleri geleneksel yapısını koruyarak spor şubesini ticari kazanç elde edeceği bir organizasyon haline getirmeyi amaçlamaktadır. Kulübün geleneksel yapısının korunması ve belki gelişen farklı ticari ihtiyaçlar karşısında spor şubesinin tekrar kulüp çatısı altında varlığını devam ettirmesine gerek görülebilir. Bu nedenle spor şubesinin, hakim teşebbüs konumunda olan spor kulübüne geri devrine izin verilebilir. Ancak spor şubesinin, şirketle hiçbir bağlantısı olmayan başka spor kulüplerine devrine, spor kulüplerinin ekonomik amaçla hareket eden ticari kuruluşlar olmadığı ve bu devrin kulüp kültürüne ve geleneksel yapının

¹¹⁷ Arkan, s. 41; Poroy/Yasaman, s. 40-46; Şener, (*İşletme*), s. 19 vd.

¹¹⁸ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 232; Kayıhan, s. 164.

¹¹⁹ TTK m.11/1 kapsamında, ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmıştır. Detaylı bilgi için bkz: Arkan, s. 26; Poroy/Yasaman, s. 32-35; Şener, (*İşletme*), s. 3 vd.

¹²⁰ Spor şubesini devralan şirketin, spor anonim şirketi statüsünde olmaması halinde, devir işlemlerinden sonra spor anonim şirketi statüsünü kazanması için Bakanlık nezdinde tescili gerekir. Bkz: Aslan, s. 149-50.

korunmasına hizmet etmeyeceği gerçeği karşısında ihtiyatlı yaklaşmak gerekir¹²¹.

7. Spor Anonim Şirketlerin İşleyişine İlişkin Diğer Hükümler

Spor anonim şirketleri, SKSFK'nın temel olarak ikinci bölümünde, 14 ila 17. maddeleri arasında düzenlenmiş, ayrıca yeri geldiğinde ilgili hükümlerde atıflar yapılmıştır. Çalışmamızın kapsamı itibarıyla konuya ilişkin tüm düzenlemelere değinmemiz imkan dahilinde olmamakla birlikte, bilhassa önemine binaen spor anonim şirketlerinin genel işleyişi kapsamında bütçe ve harcama ilkeleri dahilinde mali hükümlerine de kısaca değinilmesi önem arz edecektir.

SKSFK'nın, "*Mali Hükümler*" başlıklı üçüncü bölümünde ortak şekilde, spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin tabi oldukları temel ilkeler 18. maddesinde; gelir ve giderleri ise 19. madde de kaleme almıştır. Buna karşın SKSFK'nın tartışma yaratan en önemli düzenlemeleri, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin yukarıda da ele aldığımız bütçe ve harcama ilkelerine ilişkin 20. maddesidir. Spor kulüplerinin yöneticilerinin kontrolsüz ve denetimsiz şekilde harcamalarına bağlı olarak ortaya çıkan borç yükünün, kulüp üzerinde mali açıdan yaratabileceği olumsuz sonuçların önüne geçilebilmesi amacıyla anılan maddede kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır.

Anılan maddenin ilk üç fıkrası konsolide bilanço ve hesap dönemine ilişkindir. Bu çerçevede spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin spor faaliyetleri ile ilgili gelir ve giderleri, bağlı ortaklıklar dahil, konsolide bilanço içerisinde ve ayrı bir hesapta toplanır. Spor kulübüne bağlı bir veya daha fazla spor anonim şirketi varsa konsolidasyon spor kulübü bilançosunda yapılır. Spor anonim şirketlerinin hesap dönemi, faaliyette bulunduğu en yüksek harcamaya sahip spor dalındaki müsabakaların yapıldığı döneme göre, esas sözleşme ile belirlenir.

Spor anonim şirketlerinde, eski yönetimlerin bıraktığı borç yükünün yeni yönetimler üzerinde yaratacağı sorunların önüne geçebilmek adına hak ve alacakların devri SKSFK m. 20/4'te ele alınmıştır. Buna göre; bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirinin yüzde yirmi beşini aşan ve mevcut yönetim kurulunun olağan

¹²¹ Detaylı bilgi için bkz: Aslan, s. 151.

görev süresinin bitiminden sonra doğacak ya da vadesi gelecek alacakların devri yönünden bir sınırlandırma getirilmiştir. Bu tür alacakların devri Kanunda öngörülen toplantı ve karar nisaplarına bağlı olarak genel kurul kararına bırakılmıştır¹²².

Spor kulüplerinin mali yapısında bozulmaya neden olacak ve şirket yöneticilerinin görev süresini aşacak şekilde sağlıksız borçlanmalarını önlemek için bir diğer düzenleme de SKSFK m. 20/5'te yer almıştır. Buna göre “*Spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri, bir bütçe yılında önceki yıl brüt gelirlerinin en fazla yüzde onuna kadar borçlanabilir*” hükmüne yer verilmiştir. %10 üzerinde borçlanabilmek için; halka açık spor anonim şirketleri için sermayenin çoğunluğunu oluşturan pay sahipleri veya temsilcilerinin olumlu oyu; halka kapalı spor anonim şirketleri içinse sermayenin en az üçte ikisini oluşturan pay sahipleri veya temsilcilerinin olumlu oyu aranmıştır. Hükümde ayrıca ancak ek bütçe ile yapılacak borçlanmanın önceki yıl brüt gelirlerinin yüzde ellisinden fazla olamayacağı, önceki yıl bütçelerindeki brüt gelirleri, giderlerinden fazla olan spor anonim şirketlerinin takip eden yıl bu sınırlamaların üzerinde söz konusu brüt gelir fazlası kadar ilave borçlanma yapabileceği belirtilmiştir.

Bahse konu kısıtlamaların yanı sıra SKSFK'da, spor anonim şirketlerinin yöneticileri ile şirket arasında yaşanabilecek menfaat çatışmalarının önüne geçebilmek için belirli kişilere hak ve alacakların devri de yasaklanmıştır. Zira bu husus SKSFK m. 20/8'te; “*Spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri; yönetim kurulu üyelerine, bunların eşleri ve üçüncü dereceye kadar hısımlarına, çalışanlarına, yüzde beş ve üzeri pay sahiplerine ve yönetim kurulu üyelerinin yüzde beş ve daha fazla pay sahibi olduğu şirketlere hak ve alacaklarını devredemez.*” şeklinde belirtilmiştir. Fıkranın devamında da menfaat çatışmasının önlenmesi amacıyla pasiflerin devralınması da kapsam altına alınmış ve spor anonim şirketlerinin; yönetim kurulu üyelerine, bunların eşleri ve üçüncü dereceye kadar hısımlarına ve şirket üzerinde 6102 sayılı

¹²² Bu hususta *Yüce*, Kanunda bahse konu hak ve alacakların önemli miktarda şirket varlığı olarak kabul edilebileceğini, TTK m.408/2.f ve m. 538/2 kapsamında önemli miktarda şirket varlığının devrinde genel kurul kararı için daha ağır bir nisap aranmasına karşın, SKSFK'da öngörülen nisapların TTK'nın gerisinde kaldığını, bunun da SKSFK m. 20'nin gerekçesinde öngörülen uzun vadeli ve sağlıksız borçlanmanın önlenmesi amacıyla örtüşmediğini belirtmektedir. Bkz: *Yüce*, s. 495.

Kanunun 195. maddesi anlamında doğrudan ya da dolaylı hakimiyeti bulunan kişilere borç veremeyeceği veya bu kişiler lehine rehin, kefalet, ipotek veya diğer bir teminat sağlayamayacağı, sorumluluk yüklenemeyeceği ve bunların borçlarını devralamayacağı ifade edilmiştir.

Anonim şirketler bağlamında TTK m. 358’de pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı, TTK m. 395/2’de ise pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan TTK m. 393’te sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanamayacağı, bu kişiler için şirketin kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği ve bunların borçlarını devralamayacağı, aksi halde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklılarının bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebileceği düzenlenmiştir. SKSFK’da yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahiplerinin şirkete borçlanmasına ilişkin bir hükme yer verilmediğinden TTK m. 358 uygulama imkanına sahipken; yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının borçlanma yasağına ilişkin SKSFK hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekecektir. Buna karşın SKSFK’da pay sahibi olup olmama yönünde bir ayrıma gidilmediğinden hükümdeki yasak yönetim kurulu üyeleri ve belirtilen yakınlarının hepsi için geçerlidir¹²³.

Bütçe ve harcama ilkelerine uymamanın yaptırımı da SKSFK m. 20/13’te ele alınmıştır. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk bahsinde de belirtildiği üzere spor anonim şirketi yöneticilerinin sorumluluklarını artıran bahse konu düzenlemeyle; spor kulübü ve spor anonim şirketi başkan ve yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerinin Kanunun m. 20/4, 5, 8, 9. fıkralarına aykırı davranışları nedeniyle, spor anonim şirketinin yükümlendirildiği tutar için, spor anonim şirketinin, spor anonim şirketi pay sahiplerinin ve bunların alacaklılarının, kasıt veya ihmalden bağımsız şekilde zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat edemeyen sorumluları doğrudan takip edebilmesine olanak tanınmıştır¹²⁴.

¹²³ TTK m. 395/2’de, sadece pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan belirli yakınları kapsam altına alınmış iken; SKSFK’da ise spor anonim şirketinin yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerinin tamamı için bu yönde bir hüküm sevk edilmiş; ilaveten TTK’da borçlanma yasağına aykırılık halinde borçluları takip yetkisi şirket alacaklıları ile sınırlanmışken, SKSFK’da daha ağır şekilde bu yetki spor anonim şirketinin, spor anonim şirketi pay sahiplerinin ve bunların alacaklılarına da tanınmıştır. Bkz: Yüce, 497-498.

¹²⁴ Bkz: Yuk.,“b) Yönetim Kurulu”, s. 16 vd.

V. SONUÇ

Sporun, boş zamanları değerlendirmeyi amaçlayan, izleyicisine ve yapana keyif veren bir oyun olma özelliği, günümüzde anlamını yitirmiştir. Küreselleşen dünya düzeninde spor bir endüstri haline gelmiş, spor kulüpleri de sportif başarı ve ekonomik kazanç gayesiyle farklı yapısal arayışlar içine girmiştir. Ülkemizde de spor kulüpleri bir taraftan vergi avantajlarından yararlanmak için dernek statüsünde faaliyetlerini devam ettirmiş, diğer taraftan ticari faaliyette bulunma, kurumsallaşma ve profesyonelleşme gibi amaçlarla şirketleşme eğilimine yönelmiştir. Sporda şirketleşmenin yasal zeminine ilişkin mevzuatımızdaki eksiklik 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu ile birlikte giderilmeye çalışılmıştır.

SKSFK'da spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri şeklinde ikili bir ayırım yapmak suretiyle sistemselsel bir değişikliğe gidilmiştir. Kanunda spor kulüpleri dernek statüsünden çıkarılarak yeni bir özel hukuk tüzel kişiliği ihdas edilmiştir. Ancak sadece kuruluşu itibarıyla derneklerden farklılık arz eden spor kulüplerinin hukuki niteliğinden ziyade sadece ismine yönelik bir değişiklik getirilmiştir. Dernekler Kanunu ile yakın ilişkisini sürdüren spor kulüplerinin, yeni bir tüzel kişilik ihdasından ziyade özel dernek niteliği daha belirginleşmiştir.

SKSFK şirketleşme süreci kapsamında görece yeni bir diğer tüzel kişilik olarak da spor anonim şirketlerini düzenleme kapsamına almıştır. GSHK m. 24/3 hükmüne nazaran SKSFK'da hem amatör spor dallarında şirketleşmenin önü açılmış hem de doğrudan spor anonim şirketi kurulmasına izin verilmiştir. Buna karşın limited şirketlerin Kanunda ele alınmayışı bir eksiklik olmuştur. Ticaret siciline tescil ve Bakanlık tarafından tutulan sicile kayıt zorunluluğu dahilinde spor anonim şirketlerinin kuruluşu ve spor anonim şirketi statüsünün kazanılması bakımından iki aşamalı bir süreç tercih edilmiştir.

SKSFK'da, ekonomik şartlara rağmen spor kulüplerinin geleneksel yapılarının korunması amacıyla şirketleşmenin spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki şeklinde gerçekleşebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna karşın spor kulüplerinin spor anonim şirketleri ile TTK m.195 anlamında doğrudan veya dolaylı hakimiyet şeklinde bir bağlantı içinde olması şart koşulmuştur.

Spor kulüplerinin birleşmesi SKSFK kapsamında ele alınmasına karşın, spor anonim şirketlerinin birleşmesi ve spor anonim şirketlerine

ait spor şubelerinin devri ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Bu kapsamda özellikle spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerine ait spor şubelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi önem arz edecektir. Spor şubesinin devri bakımından sportif başarı ve sportif tarihenin intikali de, tartışma konusu olabilecek diğer hususlardır.

Spor anonim şirketlerinin ticaret unvanı, lige katılım adı, renkleri, amblemleri, il değiştirmeleri gibi konularda ise Kanunda hiçbir düzenlemeye gidilmemiştir. Spor anonim şirketine, spor kulüplerinin belirli bir spor dalına ilişkin aktif ve pasif varlıklarını külliye sermaye olarak koyabileceklerine veya devredebileceklerine ilişkin SKSFK m.15/1 hükmü ise, TTK m. 342 anlamında anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilecek değerlere dair temel prensiplere aykırılık yaratabilecek niteliktedir. Anılan madde dahilinde spor kulüplerinin spor anonim şirketleri üzerindeki hakimiyetinin sürekli kılınması için paylara imtiyaz tanınması, pay sahiplerinin kim olduğunun bilinebilmesi amacıyla spor anonim şirketi paylarının nama yazılı olmasının zorunlu kılınması da TTK çerçevesinde kabul edilen temel ilkelere nazaran farklı bir düzenlemeler içermektedir.

Öte yandan Kanunda bir ilke olarak denk bütçe kabul edilmiş, gelir ve alacakların devrine ilişkin sınırlar belirlenmiş, hak ve alacakların devri yasağı ile şirkete borçlanma yasağı getirilmiş, söz konusu sınırlama ve yasaklara uymayarak şirketi zarara uğratan kişilerin kusursuz sorumluluğu düzenlenmiş, yönetim kurulu yanında, yönetim ve yönetici kavramlarına yer verilmiş, yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin rekabet yasağına değinilmiş, spor kulübü haricinde diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa herhangi bir imtiyaz tanınmasına izin verilmemiştir. Kanunun düzenleme konusu yapmadığı hususlar da ise TTK hükümlerine atıf yapmakla yetinilmiştir. Buna karşın Kanunda ele alınan çoğu meselede, TTK hükümleri ile SKSFK hükümleri arasında uyum sağlanamamıştır.

SKSFK, spor kulüplerindeki yönetsel ve ekonomik zafiyetin önüne geçilmesi ve kontrolsüz ve denetimsiz harcamaların neden olduğu borç yükünün, kulüp üzerinde yaratabileceği olumsuz sonuçların önüne geçilebilmesi amacıyla bir tepki yasası olarak ihdas edilmiştir. Bu amaçla hem yöneticilerin hapis cezasına varacak boyutta sorumluluklarını artırmış hem de bütçe ve harcama ilkelerine ilişkin önemli kısıtlamalar getirmiştir. Ancak öte yandan bu durum hiçbir imtiyaza sahip olmayan, şirket yönetiminde etkin şekilde söz hakkı bulunmayan, elini taşın altına koymak zorunda kalan, sermaye getirme borcunu üstlenen, buna karşın

spor kulübünün hakimiyetinde olan şirketi kontrol edemeyen, hapis cezası ve kişisel malvarlığı ile sorumluluğa kadar uzanan ağır hukuki ve cezai yaptırımlara muhatap olan bir sermayedar, ortak, kurucu, yönetici gurubunu beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda sporda daha sürdürülebilir bir yönetsel yapının varlığını koruyabilmek adına belirtilen hususlar dahilinde dengeli bir yapının tesisi göz ardı edilmemelidir.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- AKŞAR, Tuğrul/KUTLU, Merih: Futbol Ekonomisi, Literatür Yayıncılık, İstanbul 2006.
- AKŞAR, Tuğrul: Futbol Kulüplerinin Şirketleşmesi, Halka Arzı ve Kredilendirilmesi,
<https://www.futbolekonomi.com/index.php/vizyon-misyon/817-futbol-kulueplerinin-irketlemesi-halka-arz-ve-kredilendirilmesi.html>.
- AKŞAT, Tuğrul: Endüstriyel Futbol, Literatür Yayınları, İstanbul 2005.
- AKYÜZ, Mehmet Emin: Futbol Kulüplerinin Şirketleşmesi ve Halka Açılması; Avrupa Futbol Piyasasındaki Gelişmeler Çerçevesinde Beşiktaş, Fenerbahçe, Galatasaray ve Trabzonspor Örneğinin Değerlendirilmesi, T.C. Başbakanlık Sermaye Piyasası Kurulu Aracılık Faaliyetleri Yeterlilik Etüdü, İstanbul 2005.
- ALTAY, Sıtkı Anlam: Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:151, Yıl: Mart 2019, s. 68-75.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 29. Bası, BTHAE, Ankara 2023.
- ASLAN, Mehmet: Spor Anonim Şirketleri, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2022.
- AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- AYAN, Özge: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- AYDIN, Ali Dursun/ TURGUT, Murat/BAYIRLI, Rıdvan: Spor Kulüplerinin Halka Açılmasının Türkiye'de Uygulanan Modeller Açısından İncelenmesi, Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Yıl: 2007, s. 59-70.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

- AYKUL, Ömer: Dernekler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2022.
- BAŞARAN, Murat/ATAY, Tezcan: Spor ve Sporcunun Vergilendirilmesi ve Vergi Avantajları, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2003.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, Dora Yayınları, Ankara 2021.
- BOZKURT, Tamer: Amerikan ve İngiliz şirketler Hukukunda Şirket Tipleri Ekseninde, Özellikle Sermaye Şirketlerinde Pay Devri ve Devir Sınırlamalarına Kısa Bir Bakış, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:12, Yıl:2016, s. 125-138.
- CERRAHOĞLU, Necati/İMAMOĞLU, Ahmet Faik: Sporun Ekonomik Boyutu, Almanya Örneği, 1.Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Kongresi, Cilt: 2, Ankara 2000, s. 240-247.
- ÇOLAKOĞLU, Tekin/ ÖZBER, Ömer/DOĞAN, Doğukan: 7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanununun Kamu Politikası Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Avrasya Spor Bilimleri ve Eğitim Dergisi, Cilt:4, Sayı:1, Yıl: Haziran 2022, s. 80-95.
- ÇOLGAR, Tuna: Futbol Kulüplerinin Şirketleşmesi, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/futbol-kuluplerinin-sirketlesmesi>.
- DENT, George W: The Revolution in Corporate Governance, The Monitoring Board, and The Director's Duty of Care, Faculty Publications 454, Boston University Law Review 623 (1981), https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/454.
- DEVECİOĞLU, Sebahattin /ÇOBAN, Bilal/KARAKAYA, Yunus Emre/KARATAŞ, Özgür: Türkiye'de Spor Kulüplerinin Şirketleşmeye Yönelimlerinin Değerlendirilmesi, SPORMETRE Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi, Cilt: X, Sayı:2, Yıl: 2012, s. 35-42.
- DORUKKAYA, Şakir/FIRATLI, Aydın/EBİÇLİOĞLU, F. Kemal: Türkiye'de Futbol Kulüplerinin Şirketleşmesi, Halka Açılması, Finansmanı ve Vergileme, Dünya Yayıncılık, İstanbul 1998.

- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- ECER, Hülya: Derneklerin Kuruluşu ve Tüzel Kişilik Kazanması, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, Cilt:1, Sayı: 2, Yıl:2017, s.16-46.
- EGE, Önder: Türk Medeni Hukukuna Göre Spor Kulüpleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- ENGELHARD, Alexander/WASSENHOWEN, Thomas (Editör. Gurovits, Andras): Germany, The Sports Law Review, Sixth Edition, Law Business Research, London 2020, s.104-126.
- ERTEN, Rifat: Türk Sporunun Yapısal Düzeni, Gazi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı:1,2, Yıl: 2006, s. 117-136.
- GEZGİN, Mehmet Fikret/AMMAN, M. Tayfun: Temel Eğitimde Yararlılık Açısından Spor Olgusu, Eğitim Kurumlarında Beden Eğitimi ve Spor II. Ulusal Sempozyumu Manisa, MEB Yayınları Ankara 1993.
- GÜNAYDIN, Gültekin: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Rekabet Yasağı, Yayımlanmış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022.
- GÜRBÜZ, Usluel: İcra Kurulu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.142, Yıl: 2019, s. 357-382.
- HACIKÖYLÜ, Canatay; Türkiye’de Profesyonel Spor Kulüplerinin ve Sporcuların Vergilendirilmesi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2001.
- HACİMAHMUTOĞLU, Sibel: Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım, Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 31, Sayı:3, Yıl: Eylül 2015, s. 23-56.
- İNAL, Ali Niyazi: Beden Eğitimi ve Spor Bilimi, 6. Basım, Nobel Yayınevi, Ankara 2020.
- KAPLAN, Defne Öcal: Antropolojik Açından Oyun ve Spor İlişkisi, Yaşam Pratikleriyle Dönüşen Oyun, Ütopya Yayınevi, Ankara 2016.
- KAYIHAN, Şaban: Şirketler Hukuku, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2020.

- KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ Çelik, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku C. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.
- KOÇ, Himmet: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), Cilt:3, Sayı:1, Yıl: 2020, s. 62-82.
- MUSTAFA, Muhammed/ÇALIŞKAN, Tuncer/DENİZ, Devran: BİST'te İşlem Gören Spor Kulüplerinin Futbol Maçlarının Hisse Senedi Getirisi Üzerine Etkisi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:16, Sayı: Özel Sayı, Yıl:2016, s. 233-242.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005.
- ORHAN, Ümit/ÖZKURT, Emin: Spor Hukuku: Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- ÖZTAN, Bilge/GÜRPINAR, Damla: Medenî Hukuk'un Temel Kavramlar, 47. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- POROY, Reha/YASAMAN Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- PULAŞLI, Hasan: Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre “İktisadi Amaç” Kavramının Şirket ve
- Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 21-72, (Makale).
- REID, Heather: Introduction to the Philosophy of Sport: Rowman & Littlefield Publishers Inc., Maryland 2012.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

- SULTANOĞLU, Banu: Hisseleri Halka Arz Edilen Türk Futbol Kulüplerinin Mali Tablolarının Türkiye Muhasebe Standartları Çerçevesinde İncelenmesi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.
- SUNAY, Hakan: Spor Kulüplerinde Şirketleşme (Bazı Avrupa Ülkeleri ve Türkiye'den Örnekler), Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi (Gazi BESBD), Cilt: IX, Sayı:2, Yıl:2004, s. 69- 76.
- ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin, Ankara 2016, (*İşletme*).
- ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, (*Şirketler*).
- TALİMCİLER, Ahmet: Endüstriyelleşen Sporun/Futbolun Geleceği. Sosyoloji Dergisi, Armağan Sayısı, Yıl:2016 s. 167-184.
- TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961.
- TİRYAKİ, Betül: Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması, EÜHFD, Cilt: XII, Sayı: 3-4, Yıl: 2008, s. 267-279.
- TÜRKİYE KURUMSAL YÖNETİM DERNEĞİ: "Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Türk Futbol Kulüpleri Yönetim Rehberi, Pasifik Ofset, İstanbul 2010.
- ÜÇİŞİK, Güzin/Çelik, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku C. 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- YILDIZ, Suat: Profesyonel Futbol Şubeleri Bulunan Spor Kulüplerinin Mali Yapılarının Karşılaştırılması (Manchester United Futbol Kulübü-Fenerbahçe Spor Kulübü Örneği), Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- YÜCE, Aydın Alber: 7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, [Cilt: 5 Sayı:2](#), Yıl:2022, s. 482-500.
- ZEREN, Feyyaz/ GÜMÜŞ, Fatih: Türk ve Yabancı Futbol Takımlarının Borsa Performansları Üzerine Bir Uygulama, Çankırı Karatekin

Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:3,
Sayı:2, Yıl:2013, s.34–54.

https://bjk.com.tr/sirketlerimiz/futbol_as/, e.t: 04.10.2023.

<http://sportif.galatasaray.org/>, e.t: 07.10.2023.

https://www.fenerbahce.org/getmedia/896ec609-8c02-49bd-94a4-8eb6a78f51a5/ortaklik-yapisi_20230329.pdf, e.t: 06.10.2023

<https://www.fenerbahce.org/getmedia/cf6c3f08-4ca0-4901-9236-17c75a55b0b3/Esas-Sozlesme.pdf>, e.t: 06.10.2023.

<https://www.managementstudyguide.com/how-sports-became-big-business.htm>, e.t: 06.10.2023.

<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4331.pdf> e.t: 10.10.2023.

https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2940, e.t. 25.09.2022.

MÜLTECI HUKUKUNDA “*DAHİLİ KORUMA ALTERNATİFİ*”

Esra YILDIZ ÜSTÜN*

ÖZ

Günümüzde mülteci hukukunun en yoğun tartışılan konularından biri de 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’ndeki mülteci tanımıdır. Doktrinde ve pratikte bu tanımın artık günümüz ihtiyaçları için yeterli olmadığı ve aynı zamanda taraf ülkelerce muğlak ifadelerin ve boşlukların farklı yorumlanarak sözleşmenin amacına da hizmet etmediği vurgulanmaktadır. Bu farklı uygulamaların başında gelen *internal protection alternative* (IPA) (İç Koruma, Dahili Koruma Alternatifi) limitidir. 1970’lerin sonlarına doğru uygulanmaya başlanmış olan dahili koruma alternatifi limiti, iltica talebinde bulunan kişinin menşe ülkesinin başka bir bölümünde devlet korumasından yararlanması söz konusu ise iltica başvurusunun reddedilmesine sebep olmaktadır. Ancak, dahili koruma alternatifinin hangi hallerde ve nasıl uygulanacağı Sözleşme’de açıkça belirtilmemiştir. Bundan dolayı da ülkeler bu durumu kendi çıkarları doğrultusunda yorumlayabilmektedir. Buna gerekçe olarakta uluslararası korumanın ikame koruma olmasını göstermektedirler. Ancak, dahili koruma alternatifinin mültecilik statüsü verilmesinde limit olarak kullanılması bazı durumlarda dolaylı geri gönderme olarakta nitelendirilebilmektedir. Bu nedenle mültecilik talebini reddeden ülkelerin bu

* Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: esra.ustun@atauni.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4106-4812.

Makalenin Gönderim Tarihi : 04.12.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 13.06.2024.

tavır ne 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin özüne ve ruhuna ne de insan haklarına uygun bir yaklaşım olarak kabul edilebilir.

Bu çalışmada Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde dahili koruma alternatifinin içeriği açıklanıp, sözleşmeye üye devletlerin mültecilik statüsü verirken dahili koruma alternatifini nasıl uyguladıkları incelenecektir. Ardından dahili koruma alternatifinin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde uygulanabilirliği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dahili koruma alternatifi, mülteci, Cenevre Sözleşmesi, geri göndermeme, insan hakları.

“INTERNAL PROTECTION ALTERNATIVE” IN REFUGEE LAW

ABSTRACT

The 1951 Geneva Convention Concerning the Legal Status of Refugees’ definition of a refugee is one of the most hotly contested topics in refugee law today. It is underlined that this definition is insufficient to meet the needs of modern doctrine and practice, and that gaps and ambiguous language are not serving the intended goal of the convention because they are understood differently by the contracting states. The IPA limit is the primary use among these several types. If the applicant for asylum receives state protection in a different region of their country of origin, their asylum application will be denied due to the IPA restriction, which was implemented in the late 1970s. On the other hand, in certain situations, providing refugee status up to the IPA might also be referred to as indirect refoulement. As a result, states that reject refugee requests cannot be said to be acting in a way that upholds human rights or the letter and spirit of the 1951 Geneva Convention.

The purpose of this study is to evaluate how member states of the Geneva treaty utilise the IPA when granting refugee status, as well as to clarify the IPA’s contents within the framework of the treaty. Next, it will be considered whether the Internal Protection Alternative is applicable under the Geneva Convention and the European Convention on Human Rights.

Keywords: IPA, refugee, Geneva Convention, non-refoulement, human rights.

I. GİRİŞ

Göç, her dönemde yaşanan kimi zaman gönüllü kimi zaman zorunlu olarak gerçekleştirilen sosyolojik bir olaydır. Bu nedenledir ki göç hukuku dinamiklerini hiç kaybetmeyen ve sürekli değişikliklere uğrayan bir alandır. Bunun en belirgin örneği 20. yy ikinci yarısından itibaren devletlerin göç politikalarına dair tutumlarındaki radikal değişiklikleri olabilir. Çoğu zaman Amerika’da kıta içi bir mesele olarak görülen göç politikaları “alçak politika” (*low politics*) kapsamında değerlendirilirken, Batı Avrupa ülkeleri ise göçmenlere, mültecilere ve misafir işçilere kapılarını açmaktan çekinmemiştir. Fakat Batı Avrupa ülkeleri kapsamında gözlemlenen bu trend göçün 1970’li yıllar itibariyle siyasi bir mesele haline dönüşmesiyle yerini daha güvenlikçi yaklaşımlara bırakmıştır. Soğuk savaşın sona ermesiyle beraber devletler kaynak kontrol önemlerini devreye sokmuştur. Bu dönem zarfında Batılı ülkeler mülteci olmanın altındaki temel nedenleri ele alma, takdire bağlı geçici koruma sağlama, barış inşa operasyonları gerçekleştirme, mülteci dönüşlerini kolaylaştırma ve üçüncü ülkeye yerleştirme şeklinde yeni politikalar benimsemiştir. Batı bloğu artık mülteciler için önceki ikametgâhlarına mümkün olduğunca yakın, güvenli alternatifler bulmaya odaklanmıştır.¹

Dahili koruma alternatifi (*Internal Protection Alternative “IPA”*) uygulaması da bu geniş yasal-politik bağlamın bir parçası olarak ortaya çıkmıştır. Bahsi geçen dönem süresince Batı ülkelerinde uluslararası koruma arayanların sayısında ciddi bir artış gözlemlenmiştir. 1975 ile 1979 arasında uluslararası koruma arayanların sayısı sanayileşmiş ülkelerde 233.671 iken; 1980’den 1984’e kadar bu sayı 79.382.532’ye yükselmiş olup, takip eden beş yıl içinde de 1.495.629’a ulaşmıştır. Dünya çapında mülteci nüfusu 1980’de 8.2 milyon iken, 1992’de 18.2 milyona çıkmıştır. 2021 yılının sonunda ise Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği (BMMYK)’nin yetkisi altındaki küresel mülteci sayısı ise 21,3 milyona ulaşmıştır.² Dünya geneline bakıldığında mülteci

¹ YILMAZ ELMAS, Fatma: Avrupa Birliği göç-dış politika ilişkisinde paradigma değişimi, (Doktora tezi, Ankara Üniversitesi 2016). Uluslararası ilişkiler bağlamında askeri ve stratejik konular yüksek politika olarak görülürken diğer konular alçak politika olarak görülmektedir.

² Bknz: <https://www.unhcr.org/tr/35627-forced-displacement-hit-record-high-in-2021-with-too-few-able-to-go-home> erişim tarihi 28 Nisan 2024.

sayısındaki hızlı artışla beraber dahili koruma alternatifinin kendisine daha geniş bir uygulama alanı bulduğu ileri sürülebilir.

Dahili koruma alternatifini kısaca iltica talebinde bulunan kişinin menşe ülkesinin başka bir bölümünde devlet korumasından yararlanması söz konusu ise iltica başvurusunun reddedilmesine sebebi olarak tanımlayabiliriz.³ Dahili koruma alternatifi 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne (1951 Cenevre Sözleşmesi)⁴ taraf devletlerin çoğunda mülteci statüsü belirlemelerinin doğal bir parçasıdır ve 2011 Yeniden Düzenlenen Avrupa Birliği Yeterlilik Direktifi’nin 8. maddesine de (*Article 8 of the 2011 Recast EC Qualification Directive*)⁵ dahil edilmiştir. Hali hazırda çeşitli yargı alanlarında dahili koruma alternatifi sıklıkla uygulanmaktadır.⁶ Ancak dahili koruma alternatifinin uygulanması beraberinde birtakım sorunların da yaşanmasına yol açmaktadır. Dahili koruma alternatifinin uygulanması sürecinde iltica talebinde bulunan kişiye hem dolaylı geri göndermeye sebebiyet verilmesi hem de temel insan haklarını ihlal edilmesi gözlemlenen başlıca sorundur.

Bu çalışma literatürde yeteri kadar kendisine yer bulamamış olan dahili koruma alternatifi hakkındadır. Üç kısımdan oluşan bu makalede öncelikle dahili koruma alternatifini kavramsal olarak tartışılması ve ülkeler tarafından geçmiş uygulamalarıyla beraber nasıl pratik edildiğinin ortaya konması amaçlanmaktadır. Daha sonrasında ise dahili koruma alternatifi uygulamasının Covid 19 pandemi döneminde nasıl uygulandığı ele alınacaktır. Çünkü pandemiyle beraber getirilen seyahat kısıtlamaları sadece vatandaşlar için değil aynı zamanda koruma arayan kişileri de etkilemiştir. Çalışmanın son kısmında ise dahili koruma

³ SCHULTZ, Jessica: *The Internal Protection Alternative in Refugee Law: Treaty Basis and Scope of Application Under The 1951 Convention Relating to The Status of Refugees and Its 1967 Protocol*, 1. Baskı, Brill, Boston 2018.

⁴ 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10898.pdf> erişim tarihi 11.06.2024.

⁵ *The 2011 Recast EC Qualification Directive* < <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:00:09:0026:en:PDF>> erişim tarihi 11.06.2024.

⁶ NÍ GHRÁINNE, Bríd: *The Internal Protection Alternative Inquiry and Human Rights Considerations—Irrelevant or Indispensable?*, *Int. J. Refug. Law, Cilt:27, Sayı:1, Yıl: 2015, s. 29-51.* (Bu teste önemli olan kısım yapılan testin makul/orantılı olmasıdır)

alternatifi limitinin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde nasıl düzenlenmesi gerektiğine dair görüş belirtilerek mevcut literature katkı sağlanması hedeflenmektedir.

II. DAHİLİ KORUMA ALTERNATİFİ KAVRAMI

Dünyada yaklaşık 89,3 milyon insan gördükleri baskı ve zulüm nedeniyle evlerini terk etmek zorunda kalmıştır.⁷ Kimisi yaşadıkları zulüm ve baskıya rağmen kendi ülkesinde kalmayı tercih ederken, büyük bir çoğunluğu ise diğer ülkelerden iltica talebinde bulunmaktadır. İltica talep edilen devletlerin hangi şartlar altında bu ilticayı kabul edecekleri ise değişkenlik göstermektedir. Her ne kadar 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve buna ek New York Protokolü'nde mülteci tanımı yapılmış olsa da, bu anlaşmalara taraf devletlerden bazılarının sözleşmedeki muğlak olan ifadeleri farklı yorumlaması pratikte problemlere yol açmaktadır.⁸ Bu farklı yorumlama ve uygulamalara neden olan ifadelerin başında dahili koruma alternatifi limiti gelmektedir. Dahili koruma alternatifi, iltica talebinde bulunan kişinin menşe ülkesinin başka bir bölümünde devlet korumasından yararlanması söz konusu ise iltica başvurusunun reddedilmesine sebep olmaktadır. Bu limiti 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 1(A) tanım maddesindeki “ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da sözkonusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır”⁹ kısımdan çıkarılabilir. Dahili koruma alternatifi tanım maddesinin arasında sıkışık kalan bir kısımdır. Net olarak belirtilmese de gerek ulusal gerekse

⁷ UNHCR, Global Trends: Forced Displacement in 2021. Bknz: <http://www.unhcr.org/global-trends2021/> erişim tarihi 10 Nisan 2024.

⁸ UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol 189, 137. NÍ GHRAINNE, Bríd: Safe zones and the internal protection alternative, International & Comparative Law Quarterly, Cilt:69, Sayı:2, Yıl:2020, s. 335-364. USLU, Mustafa Semih: Türk Yabancılar Hukuku Bakımından Aile İkamet İzni, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022.

⁹ UN General Assembly.

uluslararası metinlerde mültecilik statüsünün tanınmasında etkin olan ve de taraf devletler tarafından sıklıkla kullanılan bir sınırlamadır. Dahili koruma alternatifine bir limit olarak adlandırılmasının altında yatan asıl sebep ise uluslararası korumanın ikincil, ikame koruma olma özelliğidir. Bu nedenle eğer zulüm gördüğünü iddia eden kişi kendi ikamet ettiği ülkesinin başka bir bölgesinde yahut şehrinde devlet korumasından yararlanabiliyorsa dahili koruma alternatifi mevcut olduğu ve ikincil bir koruma ihtiyacına gerek olmadığı düşünülmektedir. Bu nedendir ki dahili koruma alternatifi mülteciliğin önündeki bir engel olarak değil, sadece bir limit olarak değerlendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.¹⁰

Dahili koruma alternatifi kavramı aslen yeni bir kavram gibi gözüke de ülkeler tarihsel süreç içerisinde bu terim yerine farklı terimler de kullanmıştır/kullanmaktadır.¹¹ Mesela BMMYK ve birçok ülke ‘*internal flight alternative*’ (IFA) terimini tercih etmektedir. Farklı olarak ise, İngiltere ‘*internal relocation*’¹², Hırvatistan ‘*internal resettlement*’¹³, Fransa ise ‘*internal asylum*’ kelimesini kullanmaktadır¹⁴. Kavramın tarihsel yolculuğundan anlaşılacağı üzere dahili koruma alternatifi ise sayılan bu terimlerin hepsini içine alan daha kapsamlı bir terim olarak daha çok akademik dünyada kabul görürken Michigan Kılavuzu’nun (*Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative*)

¹⁰ SCHULTZ, s. 20.

¹¹ UNHCR ‘An Overview of Protection Issues in Western Europe: Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR’ (September 1995) 95; ZIMMERMANN, Andreas: the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, OUP, Oxford 2010, s. 446; HONKALA, Nora: ‘A Feminist Human Rights Perspective on the Use of Internal Relocation by Asylum Adjudicators’ in GREEN, James ve WATERS, Christopher (eds), Adjudicating International Human Rights: Essays in Honour of Sandy Ghandi, Brill Nijhoff, Boston 2015. CLAYTON, Gina: Even If... The Use of the IPA in Asylum Decisions in the UK’ (Asylum Aid, 1 July 2014) <<https://www.refworld.org/docid/53c8d6024.html>> erişim tarihi 3 Şubat 2024. SCHULTZ, s. 15-6.

¹² UNHCR Refugee Agency UK, <https://www.unhcr.org/uk/> erişim tarihi 5 Ocak 2024.

¹³ Article 27 Republic of Croatia, Act on International and Temporary Protection. Official Gazette, No 70/15.

¹⁴ CARLIER, Jean-Yves: Droit d’asile et des réfugiés, Brill Nijhoff, Boston 2008, s. 140.

yayınlanmasıyla beraber devletlerin kullanımına da girmiştir.¹⁵ Bu bağlamda, Avrupa Birliği (AB) Yeterlilik Direktifi'nin 8. maddesinde açıkça dahili koruma terimine yer verilmiştir.¹⁶ Dahili koruma alternatifini diğer terimlerle karşılaştırıldığında kavramın kendine has karakteristikleri açık bir biçimde görülebilir. Örneğin, 'IFA' geriye dönük bir sorgulama içerirken, dahili koruma alternatifi devlet veya devlet benzeri korumanın halihazırda olması gerektiğini belirtmektedir.¹⁷ *Internal relocation alternative 'IRA'* (dahili yerleşme alternatifi) ise, dahili koruma alternatifinin bir alt kümesini ifade etmektedir. Dahili koruma alternatifi daha geniş kapsamlıdır.¹⁸ Günümüzde 'relocation' (yeniden yerleştirme) terimi AB tarafından farklı anlamlara gelecek şekilde yorumlanmaktadır.¹⁹ AB bu terimi koruma talep edenlerin Yunanistan ve İtalya'dan diğer üye ülkelere transferleri için kullanmaktadır.²⁰ Ayrıca, 'relocation' terimi kendi içinde gönüllüğü ifade ederken dahili koruma alternatifi aslen bir zorunluluk içermektedir.²¹

III. DAHİLİ KORUMA ALTERNATİFİNİN UYGULANMASI

Dünya genelinde devletler tarafından dahili koruma alternatifi limitinin uygulanması 1980'li yılların başından itibaren sıklıkla gündeme gelmeye başlamıştır. Bu limitin ilk uygulayıcıları Almanya ve Hollanda²²

¹⁵ HATHAWAY, James C.: *International Refugee Law: The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative*, Mich J Intl L, Cilt:21, Sayı:1, Yıl:1999, s. 131-133.

¹⁶ Bknz: https://lexparency.org/eu/32011L0095/ART_8 erişim tarihi 5 Ocak 2024.

¹⁷ SCHULTZ, s. 16.

¹⁸ SCHULTZ, s.16.

¹⁹ SCHULTZ, s. 16-17.

²⁰ Council Decisions (EU) 2015/1523 of 14 September 2015 and 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece.

²¹ SCHULTZ, s. 17.

²² Dahili koruma alternatifi 1977'den itibaren uygulanan ve ilk olarak Hollanda ve Alman mahkeme kararlarında inançları nedeniyle zulüm gördüklerini iddia eden kişilerin başvurularının reddi sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Almanya dahili koruma alternatifini değişen göç politikası nedeniyle sıklıkla uygulamaktaydı. Ancak dahili koruma alternatifi uygulamasına ilişkin ayrıntılı bir yasal mevzuatı

iken zaman içinde yoğun göç alan diğer ülkeler de bu limiti uygulamaya başlamışlardır.²³ Devletler 1990’lardaki iç çatışmalar sebebiyle sığınma talebinde bulunanların bir kısmını başka güzergahlara çevirmek için, dahili koruma alternatifini daha sık kullanmıştır. Buna ilişkin 1997’de mülteci kriterlerini araştıran karşılaştırmalı bir araştırma projesi o dönemde Sözleşmeye taraf 15 devletin 10’unun bu limiti pratikte kullandığını gözler önüne sermiştir.²⁴ 2004 yılından itibaren de dahili koruma alternatifinin, AB Vasıf Yönergesi’nde iltica talebinin reddi sebeplerinden sayılabileceği bildirmiştir.²⁵ Böylelikle AB ülkeleri dahil, Avustralya, Yeni Zelanda, Kanada, Japonya ve Amerika bu limiti başvuru prosedürlerinde etkin olarak kullanmaktadır.²⁶

Pratikte bu limiti ülkeler kendi geliştirdikleri bazı yöntemler aracılığıyla uygulamaktadır. Mesela, bu limitin ilk uygulamacılarından

bulunmamaktaydı. Bu durum sadece Almanya için değil dahili koruma alternatifini uygulayan çoğu ülke için geçerliydi. Dahili koruma alternatifinin nasıl uygulanacağına dair yasal bir mevzuatın olmayışı ve her ülkenin bu limiti farklı yorumlamasına ve uygulamasına neden olmaktadır. 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne taraf devletler yeknesaklığın oluşması için BMMYK’dan uygulamaya yönelik rehber niteliğinde bir klavuz yayınlanmasını talep ettiler. Bunun üzerine 1979’da BMMYK Mülteci Statüsünü Belirleme Prosedürleri ve Kriterleri hakkında El Kitabını yayınladı. Aslında bu El Kitabının amacı dahili koruma alternatifi uygulamasını yeknesak hale getirerek ülkelerin kendi çıkarları doğrultusunda uygulamalarını sınırlandırmak iken, bu limiti uygulayan ülkeler El Kitabı’nı da farklı yorumladı ve El Kitabı’da amacına ulaşamadı. SCHULTZ, s. 12.

²³ SCHULTZ, s. 12.

²⁴ CARLIER, Jean-Yves and others (eds): Who is a Refugee? A Comparative Case Law Study, Kluwer Law International, NYC-London 1997. Bu araştırma da Avusturya, Belçika, Kanada, Danimarka, Almanya, Lüksemburg, Hollanda, İsviçre, Amerika ve İngiltere’de dahili koruma alternatifi uygulanırken, Fransa, Yunanistan, İtalya, İspanya ve Portekiz’de uygulama alanı yoktu. Bu da Jessica Schultz’ın deyimi ile dahili koruma alternatifi bir kuzey uygulaması olarak gelişti. SCHULTZ, s. 14.

²⁵ Council of the European Union, Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004, < <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:EN:PDF>> erişim tarihi 10 Haziran 2024.

²⁶ UNCHR, UNHCR Regional Representation for Central Europe (rrce), *The Internal Flight Alternative Practices: A UNHCR Research Study in Central European Countries* (2012).

olan Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi, dahili koruma alternatifinin uygulanabilirliğini iki aşamalı bir test yaparak incelemektedir. Mahkeme eğer iltica talebinde bulunan kişi geldiği menşe ülkesinde veya ikamet ülkesinde siyasi baskı görmüyorsa veya buna eş değer bir zulümle karşılaşmıyorsa dahili koruma alternatifi limitinin uygulanabilir olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca mahkeme bu zulmün kaçış zamanından ziyade yargılama sürecinde var olmasını aradığını da açıkça belirtmektedir.²⁷ Mülteci statüsünün tanınması zulüm riskinin varlığına dayandığı için bu riskin var olup olmadığının yargılama sırasında (*ex nunc*) değerlendirilmesi beklenen bir prosedürdür. Zira mülteci statüsünün tanınması bir ihtimalin varlığı üzerinden şekillenmiştir. Bu ihtimalin güncel olmaması yani artık bulunmaması statünün tanınmaması ile sonuçlanabilir. Bu nedenle bu durum makul karşılanabilir. Sözleşmeye taraf tüm ülkelerde başvuranın başvurusunu somut emarelerle desteklemesi yani bir seviyeye kadar ispat etmesi aranır ancak buradaki ispat araçlarının esnekliği (örneğin sadece ifadenin kimi zaman yeterli olması) ya da ispat yükünün paylaşılıp paylaşılmadığı (sığınılan devletin menşe ülke bilgilerini araştırması) önem arz etmektedir.²⁸ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) önüne gelen *Sufi ve Elmi/Birleşik Krallık* davasında²⁹ olduğu gibi risk değerlendirilirken, başvuru sahibinin içinde bulunduğu koşullar göz önünde bulundurularak iltica edilen ülkenin eğer zulüm riskinin varlığına ilişkin şüphesi varsa başvuru sahibi lehine değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle ülkelerin kendilerine özgü yaklaşımlarına göre gerçek riske ilişkin şüphe duyduklarında iltica talebinde bulunan kişilerin aleyhine yorum yapmamalıdır. Dahili koruma alternatifi açısından da eğer ki menşei ülkenin başka bir bölgesinin iltica talep eden için güvenilir olup olmadığına ilişkin net bir bilgi yok ise kişiye bu limit

²⁷ *BverfG 2 BvR 403/84, BvR 1501/84 [1989]* (German Federal Constitutional Court). HATHAWAY, James C., and FOSTER, Michelle: Internal protection/relocation/flight alternative as an aspect of refugee status determination in FELLER, E. et al (eds), *In Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, CUP, Cambridge 2003.

²⁸ Sığınma, sınırlar ve göç ile ilgili Avrupa hukuku el (2014) kitabı, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_asylum_TUR erişim tarihi 15 Mart 2024.

²⁹ *Sufi ve Elmi/ United Kingdom, (Applications nos. 8319/07 and 11449/07) Decision 28/11/2011.* <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-105434%22%5D%7D>> erişim tarihi 10 Haziran 2024.

uygulanmamalıdır. Ancak somut olaylar da tam tersi durumlar söz konusu olabilmektedir.

Diğer yandan dahili koruma alternatifinin uygulamasında temel insan haklarının ihlali durumlar da karşımıza çıkmaktadır. İngiliz mahkemesinin önüne gelen somut olayda dahili koruma alternatifi uygulanabilir gibi gözükse de açık bir şekilde insan hakkı ihlali yarattığı görülmüştür. İngiliz temyiz mahkemesinin verdiği bir kararda, Ganalı sendikacıya uygulanan dahili koruma alternatifi limitini reddetmiştir. Gerekçe olarak ise, vatandaşı olduğu ülkenin başka bir köyünde güvende yaşayabilecek olmasına rağmen eşi ve çocuklarından ayrı bir hayat sürmesini insan hakkı ihlali olarak görmüştür.³⁰

Norveç ve İsveç örneklerine baktığımızda bu iki ülkenin de dahili koruma alternatifi limitini farklı uyguladığı görülmektedir. Taliban’ın 2021 yılında Afganistan yönetimini ele geçirmesinden önceki dönemlere ilişkin Afgan sığınmacıları örneği üzerinden gidilecek olursa, her iki ülke de Afgan sığınmacılara dahili koruma alternatifini uygulamaktadır ve sığınmacıların dönecekleri Kabul, Herat and Mazar-e-Sharif’i güvenli bölge olarak kabul etmiştir. Bu şehirlerin askeri çatışmalardan daha az etkilendiğini ileri sürmüşlerdir.³¹ Bu nedenle de Afgan sığınmacıların uluslararası korumaya ihtiyaç duymadıkları sonucuna varılmıştır. Ancak sayılan bu üç güvenli bölge her bir Afgan sığınmacı için ayrıca şartları ve koşulları çerçevesinde kontrol edilmemiştir.³² Gözlemlenen farklılıklar kapsamında, İsveç Göçmen Bürosu dini liderleri başlı başına bir risk unsuru olarak kabul ederken, Norveç bu şekilde bir yaklaşım sergilememektedir.³³ Bununla birlikte, İsveç Göçmen Bürosu kadına

³⁰ *R v Immigration Appeal Tribunal, ex parte Jonah* [1985] Imm AR (English High Court of Justice, Queen’s Bench Division).

³¹ *R v Immigration Appeal Tribunal*. Avusturya, İngiltere, Hollanda ve Finlandiya’da Afgan sığınmacılar için Kabil’i dahili koruma alternatifi için uygun yer olarak görmesine rağmen Fransa ve İsveç’e uygun görmemektedir. Bknz. NÍ GHRÁINNE, Bríd: The Internal Protection Alternative in Costello, Foster, and McAdam, *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, OUP, Oxford 2020. KJELLBERG STJERNSTRÖM, Ida: Assessing security and IPA in Afghanistan: A comparative case study on the assessment of security and internal protection alternative in Sweden and Norway, (Master thesis, Uppsala University 2020).

³² KJELLBERG STJERNSTRÖM, s. 24-5.

³³ KJELLBERG STJERNSTRÖM, s. 28-31.

yönelik şiddeti risk profili olarak belirtirken, Norveç Göçmen Bürosu yalnızca bekar kadınların bir risk profili oluşturduğunu belirtmektedir.³⁴ BMMYK ise engelli, akıl hastalığı veya zihinsel engelleri olan bireyleri tek bir risk profili olarak görmektedir.³⁵ Ancak, İsveç Göçmen Bürosu sadece engelli çocukların bir risk profili oluşturduğunu belirlemektedir.³⁶ Norveç'in ise kontrol belgesinde engelliliğe ilişkin herhangi bir risk profili bulunmamaktadır.³⁷ Son olarak, BMMYK kılavuzlarında diğer bir risk profili olarak insan ticareti mağdurlarını veya zorunlu çalıştırılmadan kurtulanları ve bu risk altındaki kişileri belirler. Bu risk profili, İsveç Göçmen Dairesi ve Norveç Göçmen Bürosu'nun kontrol belgelerinde bulunmadığı gibi, benzer bir profil de yoktur.³⁸ İsveç Göç Dairesi, Norveç Göçmen Bürosu ile BMMYK'nın Afganistan'da dahili koruma alternatifi nasıl belirledikleri karşılaştırıldığında bazı farklılıklar vardır. Daha önce belirtildiği üzere hem İsveç Göçmen Dairesi hem de Norveç Göçmen Bürosu, dahili koruma alternatifini Kabil, Mazar-e Sharif ve Herat olarak açıkça kabul etmektedir.³⁹ Ancak BMMYK, dahili koruma alternatifinin mevcut olabileceği illeri veya şehirleri açıkça belirtmemektedir.⁴⁰

BMMYK, dahili koruma alternatifinin hükümet karşıtı güçlerin kontrole sahip olduğu veya hükümet yanlısı güçler ile hükümet karşıtı güçler arasında aktif bir savaşın veya farklı hükümet karşıtı güçler arasında çatışmaların olduğu alanlarda uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir.⁴¹ Çünkü görüldüğü üzere bu üç durumda da devlet bireyi koruma altına alamayacağı düşüncesi ağır basmaktadır. Bunun yanında BMMYK, dahili koruma alternatifinin uygulanacağı şehirleri belirtmek yerine, genel olarak bu limiti uygulanırken nelere dikkat edilmesi

³⁴ KJELLBERG STJERNSTRÖM, s. 34.

³⁵ KJELLBERG STJERNSTRÖM, s. 34.

³⁶ KJELLBERG STJERNSTRÖM, s. 34.

³⁷ KJELLBERG STJERNSTRÖM, s. 34.

³⁸ Norwegian Directorate of Immigration (UDI). (2014). UDI 2014-004 Asylpraksis Afghanistan. UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees, (2018). Eligibility guidelines for assessing the international protection needs of asylum-seekers from Afghanistan. <https://reliefweb.int/report/afghanistan/unhcr-eligibility-guidelines-assessing-international-protection-needs> erişim tarihi 10 Mart 2024.

³⁹ UNHCR 2018.

⁴⁰ UNHCR 2018.

⁴¹ UNHCR 2018.

gerektiğine daha çok ağırlık vermiştir. Mesela Afganistan’daki büyük şehirlerde çok sayıda ülke içinde yerinden edinilmiş kişinin var olduğu ve Afganistan’ın batı kesiminin (Herat dahil) uzun zamandır ciddi kuraklıkla karşı karşıya olduğu gibi çeşitli durumlar tespit edilmiştir.⁴² BMMYK’ya göre, başvuranın yeniden yerleşebileceği yer belirlenirken bu faktörlerin dikkate alınması gerekmektedir. BMMYK’nın dahili koruma alternatifi ile ilgili kılavuzlarında dahili koruma alternatifinin uygulanacağı yerleri belirlerken temel aldığı esaslar oradaki güvenlik, insan hakları ve insani yaşam koşullarıdır. Bu nedenle de Kabil şehrini diğer ülkelere nazaran dahili koruma alternatifi için uygun olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtir.⁴³

Kabil’in dahili koruma alternatifine uygunluğu konusunda İsveç ve Norveç göçmenlik makamları ile BMMYK arasında farklılık göstermesinin nedeni bu ülkelerin siyasi yaklaşımları ile ilgili olabilir.⁴⁴ İsveç ve Norveç açısından bir sığınmacıyı dahili koruma alternatifi için Kabil’e gönderme kararı, göç politikalarına daha uygun olabilir. Nitekim göç içinde hem siyasi hem ekonomik hem de kültürel faktörleri içeren yelpazesi geniş bir alandır. Bu nedenle her ülke milli çıkarları doğrultusunda bu durumu yönetebilir. Bu nedendir ki BMMYK yönergeleri bağlayıcı olmayıp aksine, ülkelerin kontrol belgelerini oluştururken nelerin dikkate alınması gerektiği konusunda yalnızca önerilerde bulunur.

Günümüzde BMMYK ve bu alanda çalışan akademisyenler de dahili koruma alternatifi limitini kabul etmekle beraber sözleşme temelli kriterlere bağlanmasını tartışmaktadırlar.⁴⁵ Aksi halde, ülkeler yukarıda görüldüğü üzere bu limiti tamamiyle o dönemki siyasi ve göç politikalarına göre uygulamaya koyması ve hukuk güvenliğinin yanında insan haklarını da zedelemektedirler. Her ne kadar 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nde dahili koruma alternatifi limitinin varlığının muğlak olduğu belirtilse de aslında bu limit sözleşmenin tanım maddesinde yer almaktadır. Ancak buradaki tartışmalı nokta ise haklı zulüm korkusu nedeniyle dönmek istemeyen kişilerin başvuru değerlendirmesi

⁴² UNHCR 2018.

⁴³ KJELLBERG STJERNSTRÖM, s. 34.

⁴⁴ KJELLBERG STJERNSTRÖM, s. 34.

⁴⁵ UNHCR, Guidelines on International Protection: ‘Internal Flight or Relocation Alternative’ within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (2003).

aşamasıdır. Eğer kişi menşe ülkesine kendi devletinin korumasından yararlanamadığı için dönemiyorsa (savaş, iç karışıklık vb.) burada tartışmaya çokta açık bir kısım yoktur fakat, haklı zulüm korkusu nedeniyle kişi menşe ülkesine ya da ikamet ülkesine dönmek istemiyorsa burada sığınma talep edilen ülkelerin tavrı önem kazanacaktır. Çünkü haklı nedenle zulüm korkusunun var olup olmadığının tespiti, ispatı ve dahili koruma alternatifinin nasıl uygulanacağı soru işareti oluşturmaktadır. Haklı nedenle zulüm korkusu öznel ve nesnel iki farklı kriter içermektedir. Sığınma talep edilen devletler bu kriterdeki öznel olan korku duyma halini farklı yorumlayabilmektedirler.⁴⁶ Örneğin, mülakat aşamasında sorulan soruya karşı susma eylemi bazı ülkelerde başvuranın aleyhine yorumlanabilmektedir.⁴⁷ Oysaki bu susma bir travma veya ciddi bir korkunun dışı vurumu olacağı gibi sadece basit bir susma eylemi de olabilir. Bu durumda da ülkeler sığınmacıların başvurularını kendi göç politikaları ekseninde olumlu ya da olumsuz sonuçlandırabilirler. Böylece ülkeler sığınma talep edenlerin arasından nitelikli olanları seçip ‘cherry-picking’ yapıp⁴⁸, diğer sığınma talep edenlere dahili koruma alternatifi limiti uygulayarak başvurularını reddedebilirler. Ülkelerin bu yaklaşımı da temel insan hakları ihlali oluşturabilir. Bilindiği üzere AIHS gibi uluslararası sözleşmelerin AIHM tarafından yapılan yorumları (geri gönderme yasağı bağlamında) bağlayıcılık arz etmektedir. AIHS’te geri gönderme yasağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, ilk defa 1989 yılında verilen Soering/Birleşik Krallık kararında⁴⁹, bir yabancının gönderildiği ülkede

⁴⁶ KINCHIN, Niamh ve MOUGOUEI, Davoud: What Can Artificial Intelligence Do for Refugee Status Determination? A Proposal for Removing Subjective Fear, *Int. J. Refug. Law, Cilt:34, Sayı:3-4, Yıl:2022*, s. 373-397.

⁴⁷ UK HOME OFFICE, Asylum Policy Instruction: Assessing Credibility and Refugee Status (Version 9.0, 2015) 13. KINCHIN ve MOUGOUEI, s. 381.

⁴⁸ GILBERT, Geoff: Is Europe living up to its obligations to refugees?, *Eur. J. Int. Law, Cilt: 15, Sayı:5 , Yıl:2004*, s.963-987.

⁴⁹ KARACA, Eren: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Geri Gönderme Yasağı, *Lexpera Blog*, 02/09/2022, < <https://blog.lexpera.com.tr/avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-baglaminda-geri-gonderme-yasagi/#:~:text=A%20AIHS%20Ba%20Flam%20B1%20Geri%20G%20B6nderme%20Yasa%20Flam%20B1,3.maddesi%20kapsam%20B1%20de%20Ferlendirilmeye%20ba%20Flanm%20B1%20C5%20Flam%20B1r>> erişim tarihi 25 Ocak 2024.

AIHS madde 3’te sayılmış olan muamelelere maruz kalma ihtimalinin söz konusu olması durumunda devletin sorumluluğuna gidilebileceği belirlenmiş olup, geri gönderme yasağı, AIHS’e içtihat yoluyla dahil olmuştur. Bu bağlamda söz konusu kararın akabinde ilke, AIHS’in 3. maddesi⁵⁰ kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır. Buna rağmen devletler dahili koruma alternatifini nasıl uygulayacakları konusunda AIHM’nin içtihatlarından ziyade kendi göç politikalarını temel aldıkları ileri sürülebilir.

İnsan hakkı ihlallerini önlemek için dahili koruma alternatifinin uygulanabilirliği şöyle açıklanabilir: Sığınma talep eden kişinin menşe ya da ikamet ülkesinde devlet korumasından yararlanabileceği yer, şehir veya bölgenin belirli olması gerekir. Bu yeri belirlerken kriter sadece güvenlik olmayıp aynı zamanda kişinin oraya tam anlamıyla yerleşmesi olmalıdır. Yerleşmeden kasıt geçici barınma yerleri değil, normal hayat şartlarında bir kişinin yerleştiği yerde sağlık, eğitim, iş olanaklarının olması ve bunlardan aktif bir şekilde yararlanmasıdır. Yani spesifik olarak o kişi için uygun ve aynı zamanda makul bir yer olmalıdır. Daha önce belirtildiği üzere eğer devletin kendisi bir zulümde bulunuyorsa burada dahili koruma alternatifi sığınma talep eden kişi için uygun değildir. Dahili koruma alternatifinin makul olması demek, eğer bu limitin uygulanacağı kişilerin oraya seyahatlerinin güvenli şekilde gerçekleştirilmesi, eğer giriş şartları varsa bunların çözülmesi, bu kişiler için belirlenen yerin ilerleyen zamanlarda farklı tehditlere yol açmayacağına da kontrol edilmesidir.⁵¹ Örneğin, dahili koruma alternatifi cinsel yönelim, cinsiyet veya din değiştirme nedeniyle yetkililer tarafından zulüm görme veya menşe ülkelerinde toplum tarafından zulüm görme riski taşıyan bir başvuru sahibi için geçerli değildir. Özellikle günümüzde Afganistan’daki bekar kadınlara ve özel

⁵⁰ Türkiye, Avrupa insan hakları sözleşmesi ‘ni 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır. 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgeleri, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından bu tarihte yürürlüğe girmiştir. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/09/01/AIHS_1950.pdf erişim tarihi 11 Mayıs 2024.

⁵¹ KJELLBERG STJERNSTRÖM, s. 16. IVO, Niks Matthijs: The importance of human rights protection in the internal protection alternative inquiry, (Yüksek Lisans Tezi, The American University in Kahire 2020).

ihtiyaç sahibi yetişkinlere dahili koruma alternatifinin uygulanması uygun ve makul olarak görülemez.⁵²

IV. DEVLETLERİN DAHİLİ KORUMA ALTERNATİFİ UYGULAMASINDAKİ YAKLAŞIM MODELLERİ

A. Bütünleyici Yaklaşım

Dahili koruma alternatifi limitini uygulayan devletlerin buna ilişkin yaklaşımları iki ana başlık altında toplanabilir. Bunlardan ilki bütünleyici yaklaşım yani haklı nedenle korkuyu baz alan yaklaşımdır. Eğer kişi yer değiştirebiliyorsa burada haklı nedenle korku yoktur ve dahili koruma alternatifinin uygulanabileceği savunulmaktadır. Diğer bir deyişle bu yaklaşımın ölçütü kişinin menşe ülkesinde ya da ikamet ülkesinde bir bölgeden başka bir bölge geçme durumu varsa zulüm görme korkusu sağlam temellere dayanmıyordur ve bu nedenle dahili koruma alternatifi limiti uygulanıp sığınma talebi reddedilebilir. Ana şart sığınma talebinde bulunan kişinin haklı nedene dayanan zulüm korkusu varlığıdır ve hangi durumlarda bu korkunun olmadığını da partikte örneklerle gösterilmektedir. ABD örneğine bakıldığında, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ndeki zulümün ülkenin her yerinde fiili olarak gerçekleşmesi aranmaktadır. Aksi halde sadece bir bölgesinde zulüm görülmesi dahili koruma alternatifinin uygulanmasını ve mültecilik talebinin reddini gerektirir.⁵³ Bir başka örnek ise İngiltere'de *Januzi* davasından⁵⁴ verilebilir. Mahkeme kişi kendi ülkesinde daha güvenli bir yere yerleşmektense, (tabii bu yerleşme kendisinden beklenebilir olması kaydıyla) kendi rızasıyla ülkesi dışındaysa ve iltica ediyorsa bu noktada haklı nedene dayanan zulüm korkusuyla ülkesi dışında kabul edilmemiştir. Karar gerekçesinde de 1951 tarihli Cenevre Sözleşmedeki şartı taşımadığı belirtilmiştir.⁵⁵ Ancak bu yaklaşım oldukça eleştirilmektedir çünkü iltica talebinde bulunan kişiden zulüm korkusunu delillendirilmesi istenir. Amerika örneğinde Guatemala'dan kaçan kişinin iltica talebi ülkesinin

⁵² IVO, s. 24.

⁵³ SCHULTZ, s. 82-5.

⁵⁴ *Januzi v Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 5, [2006] 2 AC 426, para 7. HATHAWAY, James ve FOSTER, Michelle: *Law of Refugee Status*, CUP, Cambridge 2014.

⁵⁵ NÍ GHRÁINNE, 'The Internal Protection Alternative Inquiry', s. 4-5.

tamamında aynı zulüm riskinin var olduğunu delillendiremediği için reddedilmiştir.⁵⁶ İspanya mahkemesi ise önüne gelen bir davada Taliban’dan kaçan kişinin kendi ülkesinde Taliban’dan arınmış bir yere gitmek yerine dünyanın bir ucuna İspanya’ya gelip sığınmasını yeterli zulüm korkusunun olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.⁵⁷

Bu ülkelerin yaklaşımlarına bakıldığında ciddi problemlerin olduğu açıkça farkedilebilir. ABD örneğinde iltica edenin Guatemala’daki tüm bölgelerden haberdar olması oldukça zordur. Hem ülke büyüklüğünden hem de haberleşmedeki sıkıntıdan ötürü nerenin daha güvenli olduğu konusunda fikir sahibi olmayabilir. Diğer yandan, İspanya örneğinde ise iltica talebi için yakın uzak ülke kavramı yoktur ve iç yolların tüketilmesi zorunluluğu da yoktur. İspanya’nın buradaki yaklaşımı Cenevre Sözleşmesi’ne açıkça aykırılık içermektedir. Burada ülkelerin gözardı ettiği nokta haklı nedenle korkuyu tespit etmeye ve en iyi şekilde uygulamaya çalışırken hem 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesini hem de insan haklarını ihlal etmektedirler. Sığınma talebinde bulunan kişilerden beklentileri hayatın olağan akışına uymamaktadır ve bu nedenle bütüncü yaklaşımın aslen uygulayıcı ülkelerin red sebebi oluşturmak için kullandığı bir yöntem olarak yorumlanabilir.

B. Koruma Kriteri

Devletlerin dahili koruma alternatifini pratikte uygulama şekillerinden bir diğeri ise koruma kriteridir. Burada da eğer ülkenin bir bölümünde zulüm riski varsa ve kişi burada devletin korumasından yararlanamıyor ya da yararlanmak istemiyorsa 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin 1(A) maddesindeki şartları tamamlanmış sayılır. Mişığın Kılavuzu’nda bu durum açıkça yer almaktadır. Yani devlet korumasının olduğu yerlerde korkulan zulmün olmadığı kabul edilmektedir. Ancak, devlet korumasından ne anlaşılması gerektiği bu noktada önem arz etmektedir. İlk olarak, devlet korumasının varlığından söz edebilmek için

⁵⁶ Matter of R – [1992] 20 I&N Dec 621, Interim Decision 3195 (US Board of Immigration Appeals), citing Matter of A costa [1985] 19 I&N Dec 211, Interim Decision 2986 (US Board of Immigration Appeals).

⁵⁷ DRC65MNSNO [2012] (Inter-Ministerial Eligibility Commission of Spain). ECRE, ‘Actors of Protection and the Application of the Internal Protection Alternative: National Report Spain’ (2014) 12 in SCHULTZ, s.85.

kişinin o bölgeye güvenli ve yasal şekilde ulaşımı olması gerekir.⁵⁸ Bu süreç ve devamında da devletin koruyabilme kriterleri devreye girer. Kişinin vatandaşı olduğu ülkenin bu zulüm tehlikesine cevap verecek yeterlilik veya istekte olup olmadığını da gözlemlemesi gereken diğer unsurdur. Eğer söz konusu devletin yine söz konusu olan tehlikeye karşılık verecek güce ve isteğe sahip olması durumu varsa, kişinin zulüm gördüğü ya da görmek üzere olduğu söylenemez.⁵⁹

Koruma kriterinin esas alındığı *Ward* kararında açıklandığı üzere, uluslararası korumanın varoluş ve kuruluş amacı zulme uğrayan kişi için yerel vatandaşlığa bağlı korunma hakları elinden alındığında ulaşılabilecek ikinci bir ev, bir “vekil” yaratmaktır.⁶⁰ 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin arkasındaki sebeplendirme ise sadece kendi devletleri tarafından zulüm görenlere barınak sağlamak değil, devlet dışı aktörlerin yaptığı zulme karşı devlet korumasından yararlanmayan ya da yararlanamayanlara karşı da koruma sağlamaktır.

Mahkeme kararlarından varılan sonuç; devlet dışı aktörler tarafından zulmün gerçekleştirilmesinde devletin önleme, önleyebilmek amacıyla gerekli düzenlemeleri yapma veya buna istekli olması gerekliliğinin aranmasıdır.⁶¹ Devlet bu önlemlerin varlığını bazen caydırıcı yasalar yaparak bazen ise kolluk kuvvetinin yerinde kullanılması şeklinde gösterebilir. Başka bir deyişle devlet bizatihi zulmeden olmamalı, zulmeden değilse de devlet-dışı aktörlere karşı pozitif koruma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Eğer bu yükümlülükler yerine getirilebilecek durumdaysa ve getiriliyorsa dahili koruma alternatifini limiti uygulanır ve statü talebi reddedilir.

V. COVID-19 PANDEMİ SONRASI DAHİLİ KORUMA ALTERNATİFİ UYGULAMASI

2019 yılının sonlarına doğru başlayan ve insanoğlunu birçok açıdan etkileyen Covid-19 salgınının küresel anlamdaki göç hareketliliğine de etkisi büyük olmuştur. Çeşitli nedenlerle ülkelerinden

⁵⁸ SCHULTZ, s. 85.

⁵⁹ SCHULTZ, s. 85-87. NÍ GHRÁÍNNE, ‘The Internal Protection Alternative’, s. 4.

⁶⁰ *Canada (Attorney General) v Ward* [1993] 2 scr 689, 709 (Supreme Court of Canada).

⁶¹ SCHULTZ, s. 86-87.

ayrılmak zorunda kalan insanlar artık sadece Sözleşme’deki mültecilik şartlarına değil aynı zamanda pandemi tedbirlerinin engelleriyle de karşı karşıya kalmışlardır. Covid 19 pandemisi bu insanların göç hareketliliğini kısıtlayan bir sebepten ziyade sığınma talep edilen ülkelerin şartlarının inceleme aşamasının da önünde ön koşul olmuştur. Çünkü çoğu ülke başta Güney Avrupa ve Amerika olmak üzere sığınma talep eden kişilerin talebini pandeminin bir sonucu olan gümrüklerin, giriş çıkışların kapatılmasını neden göstererek mülakata dahi almamışlardır.⁶² Bunun yanı sıra doğrudan sığınma talepleri pandemi nedeniyle alınmayan sığınmacıların yanında bazı ülkeler bu süreçten önce sığınma taleplerini kabul ettikleri kişilere ülkeye giriş kısıtlaması getirmişlerdir.⁶³ Öyle ki, özellikle göç politikalarında önceliği güvenlik olan devletler sığınmacıların taleplerini bile görmezden gelerek ciddi insan hakkı ihlallerinde bulunmuşlardır.⁶⁴ Buna ek olarak, hali hazırda Covid-19 salgını nedeniyle sığınma talep edilip edilemeyeceği tartışmaya bile açılmamıştır. Çünkü her ülke aşıya aynı adillikte erişim sağlayamamış olup, sırf bu erişimin olmayışı ve bunun da sonucu olarak salgın hastalıktan kırılan bir ülkeden başka bir ülkeye giderek hayatını kurtarmaya çalışan kişilere mültecilik statüsü tanınıp tanınmayacağı da muğlaktır.

Tartışılması esas olan konulardan biri iken ülkelerin Covid-19’u bir bahane olarak göstererek talepleri bile almaması doğrudan geri gönderme ve buna bağlı olarak ciddi insan hakkı ihlali içermektedir. Bu iddiayı destekler nitelikte olan birçok araştırma mevcuttur. Bu araştırmaların konumuzla en ilgilisi Temmuz 2020 ile Haziran 2021 arasında Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi’ne taraf ülkelerin uluslararası korumadaki eğilimleri incelenmiş olup, koronavirüs hastalığının (COVID-19) ve ilgili önlemlerin yerinden edilmiş ve vatansız kişiler üzerindeki orantısız etkisini vurgulayarak, haklara erişimi

⁶² CRAWLEY, Heaven: The Politics of Refugee Protection in a (Post)COVID-19 World, *Social Sciences, Cilt: 10, Sayı: 3, Yıl: 2021*. LIBAL ET AL., Kathryn: Human Rights of Forced Migrants During the COVID-19 Pandemic: An Opportunity for Mobilization and Solidarity, *Journal of Human Rights and Social Work, Cilt:6, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 148-160*.

⁶³ CRAWLEY, s. 4-7.

⁶⁴ ÜSTÜN, Mustafa Tayfun: Göçün Güvenikleştirilmesi ve Frontex Operasyonları’ in KALAYCI, İsa, KALMIŞ, Gökhan (eds): *Çağlar Boyu Göç (Tarih-Kültür-Medeniyet)*, Gazi Kitabevi, Ankara 2021.

kısıtlayan politika ve uygulamaların uluslararası hukuka nasıl zarar verdiği gösterilmiştir.⁶⁵ Koruma rejimi 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin kabul edilmesinden 70 yıl sonra, güçlendirilmiş uluslararası işbirliği ve dayanışma ihtiyacının siyah tarafı olarak isimlendirilebilir. Bu anlaşma, sadece devletlerin kriz zamanlarında bile koruma sağlamayı teşvik etme çabalarının yanında bu kriz anlarında çözümlere yönelik ilerlemeyi de inceler.⁶⁶ Her ne kadar Cenevre Sözleşmesi'nin 9. maddesi taraf ülkelere milli güvenlikleri için tedbir alma hakkı verse de aslen bu davranış sözleşmenin amacı ve ruhundan saparak devlet lehine yorumlanamaz.⁶⁷

BMMYK, uluslararası mülteci belgelerine ve diğer ilgili insan hakları belgelerine katılımı teşvik etmek de dahil olmak üzere, mültecilere uluslararası koruma sağlama yetkisine sahiptir. BMMYK'nın faaliyetleri, geçiş dönemi adaleti de dahil olmak üzere hukukun üstünlüğünü artıracak yasaların da güçlendirilmesine yardımcı olmaya da odaklanmıştır. Ancak bu noktadaki soru, uluslararası bir kuruluşun veya mülteci kamplarına sahip bir ülkenin bu küresel salgın sırasında mültecilerin ihtiyaçlarını ne ölçüde karşılayabildiğidir. Bu nedendir ki, sağlık sistemini güçlendirmenin ve mültecilere yönelik fonlara ve diğer insani yardımlara erişimin kolaylaştırılması gerekmektedir.⁶⁸ Nitekim Dünya Sağlık Örgütü'nün son açıklamalarına göre henüz var olmayan ama gerçekleşmesi muhtemel olan "X" virüsünün covid-19 salgınından yirmi kat daha etkili olacaktır.⁶⁹ Olası iyileşmeler yapılmadığı takdirde yakın döneme benzer bir pandemiyle karşılaşılması durumunda sığınmacılara yönelik sorunların katlanarak artacağı göz ardı edilmemelidir.

⁶⁵ Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Note on International Protection, International Journal of Refugee Law, Volume 34, Issue 1, March 2022, s. 93–113.

⁶⁶ Executive Committee of the High Commissioner's Programme.

⁶⁷ UN General Assembly, Art. 9.

⁶⁸ BUHEJI ET AL., Mohamed: Alleviation of Refugees COVID-19 Pandemic Risks-A Framework for Uncertainty Mitigation, International Business Research, Cilt:13, Sayı:7, Yıl:2020, s. 69-79.

⁶⁹ Bknz: <https://www.who.int/news/item/21-11-2022-who-to-identify-pathogens-that-could-cause-future-outbreaks-and-pandemics> erişim tarihi 22 Şubat 2024.

VI. SONUÇ

1980’lerin ortalarına kadar devletler sırf sığınma talep edenin menşe ülkesinde başka bir yerde yaşayabilecekleri yerin olmasını mültecilik statüsünün reddi saymazken, değişen devlet politikaları nedeniyle günümüzde dahili koruma alternatifi limitini red sebebi olarak kullanabilmektedirler. Dahili koruma alternatifi mültecilik önünde bir engel değildir ancak; günümüzde engel olarak kullanılabilir. Her ne kadar bu limitin varlığı hem devletler hem akademik camiada kabul edilse de çerçevesi 1951 Cenevre Sözleşmesi’nde belirlenmediği için her üye devlet kendi göç politikasına göre bu limite şekil verebilmektedir.

Dahili koruma alternatifi şartının aslen sığınma talep edenlerde aranması gerektiği görüşü tarafımızca da kabul görmekte olup, çalışmamızda bu alternatifi uygulamasının problemli olduğu belirtilmektedir. Devletler kendi özel mevzuatlarında dahili koruma alternatifinin uygulamasına ilişkin farklı yaklaşımlar sergilemektedirler. Bu yaklaşımların bazıları ciddi şekilde insan haklarının ihlaline neden olmaktadır. Temel insan hakları ihlallerine zemin hazırlamamak için uygulama çerçevesinin kesin ve net olması gerekmektedir. Sığınma talep eden kişinin ülkesinde başka bir yerde aynı zulme maruz kalmasa dahi insan onuruna yakışır şekilde yaşamını sürdürmesi gerekir. Sağlık, eğitim, çalışma gibi haklardan mahrum kalmayıp aynı zamanda aile birliği de olmalıdır. Bu nedenle ülkesinde güvenli başka bir yerde bu ve benzeri haklardan mahrum ama zulüm görmediği gerekçesiyle sığınma talep eden kişilere dahili koruma alternatifi uygulanmamalıdır. Nitekim İngiliz mahkemeleri bu konuda açıkça dahili koruma alternatifinin uygulamasının sınırını temel insan haklarının ihlali olarak belirtmiştir. Çünkü temel insan hakları dahili koruma alternatifinden daha önceliklidir. Bu sınırın iyi çizilmesi ve de devletlerce de ortak uygulama kriterlerinin oluşturulması gerekir.

1951 Cenevre Sözleşmesi, İkinci Dünya Savaşı’nın ardından Savaş sırasında ve sonrasında yaşanan sınır ötesi nüfus hareketleri kaynaklı sorunlara çözüm bulmak amacıyla kabul edilmiş bir düzenlemedir. Ancak İkinci Dünya Savaşı ve Soğuk Savaş bağlamında şekillenen bir mülteci anlayışıyla kaleme alınan Sözleşme içerik itibarıyla günümüz mülteci krizlerinin üstesinden gelebilecek bir yeterliliğe sahip değildir. Bu sözleşmenin 1(A) tanım maddesinin her yönüyle eleştirilmesinin de sebebi budur.

1967 Protokolü değişiklikleri ile 1951 Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde tanımlanan mülteci statüsünün, Avrupa merkezli ve belirli bir zaman dilimine yönelik etki alanı genişletilmeye çalışılsada, Sözleşme'nin yıllar içinde değişen şartlar çerçevesinde statünün kapsamadığı korunma ihtiyacı içerisindeki kişilerin sayısının neredeyse kapsadıklarından daha fazla olmasına sebep olmuştur.

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin dahili koruma alternatifi şartını nasıl kullanılabileceğine ilişkin daha açık ve sınırları belirgin bir şekilde düzenlemesi gerekir. Aksi halde bu limitin kullanılması ile insan haklarının ihlali çizgisi bulanık bir hal almaktadır. Nitekim devletler Sözleşme'deki boşlukları kendi siyasi çıkarları doğrultusunda düzenlemekte ve Sözleşme'nin asıl amacına ve ruhuna aykırı davranabilmektedirler. Çalışmamızda pandemi sürecinde dahili koruma alternatifinin nasıl uygulandığını incelenirken aslen bu aşamaya hiç gelinemediği görülmüştür. Pandemi dönemine ilişkin sığınma talebinde bulunan kişiler ile vatandaşlara uygulanan kısıtlamaların aynı olması kabul edilebilir bir uygulama değildir. Haklı nedenle zulüm korkusu olan kişileri salgın hastalığı sebep göstererek sığınma taleplerini almamak açıkça hem AİHS'nin 3. maddesinin hem de 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin ihlalidir.

KAYNAKÇA

Article 27 Republic of Croatia, Act on International and Temporary Protection. Official Gazette, No 70/15.

BUHEJI ET AL., Mohamed: Alleviation of Refugees COVID-19 Pandemic Risks-A Framework for Uncertainty Mitigation, International Business Research, Cilt:13, Sayı:7, Yıl:2020, s. 69-79.

BverfG 2 BvR 403/84, BvR 1501/84 [1989] (German Federal Constitutional Court).

Canada (Attorney General) v Ward [1993] 2 SCR 689, 709 (Supreme Court of Canada).

CARLIER, Jean-Yves and others (eds): Who is a Refugee? A Comparative Case Law Study, Kluwer Law International, NYC-London 1997.

CARLIER, Jean-Yves: Droit d’asile et des réfugiés, Brill Nijhoff, Boston 2008, s. 140.

CLAYTON, Gina: Even If... The Use of the IPA in Asylum Decisions in the UK’ (Asylum Aid, 1 July 2014) <<https://www.refworld.org/docid/53c8d6024.html>> erişim tarihi 3 Şubat 2024.

Council Decisions (EU) 2015/1523 of 14 September 2015 and 2015/1601 of 22 September 2015

Council of the European Union, Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004

CRAWLEY, Heaven: The Politics of Refugee Protection in a (Post)COVID-19 World, Social Sciences, Cilt: 10, Sayı: 3, Yıl: 2021.

DRC65MNSNO [2012] (Inter-Ministerial Eligibility Commission of Spain). ECRE, ‘Actors of Protection and the Application of the Internal Protection Alternative: National Report Spain’ (2014) 12.

Executive Committee of the High Commissioner’s Programme, Note on International Protection, International Journal of Refugee Law, Volume 34, Issue 1, March 2022, s. 93–113.

GILBERT, Geoff: Is Europe living up to its obligations to refugees?,
Eur. J. Int. Law, Cilt: 15, Sayı:5 , Yıl:2004, s.963-987.

HATHAWAY, James C., and FOSTER, Michelle: Internal protection/relocation/flight alternative as an aspect of refugee status determination in FELLER, E. et al (eds), In Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, CUP, Cambridge 2003.

HATHAWAY, James C.: International Refugee Law: The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative, Mich J Intl L, Cilt:21, Sayı:1, Yıl:1999, s. 131–133.

HATHAWAY, James ve FOSTER, Michelle: Law of Refugee Status, CUP, Cambridge 2014.

HONKALA, Nora: 'A Feminist Human Rights Perspective on the Use of Internal Relocation by Asylum Adjudicators' in GREEN, James ve WATERS, Christopher (eds), Adjudicating International Human Rights: Essays in Honour of Sandy Ghandi, Brill Nijhoff, Boston 2015.

https://lexparency.org/eu/32011L0095/ART_8 erişim tarihi 5 Ocak 2024.

<https://www.unhcr.org/tr/35627-forced-displacement-hit-record-high-in-2021-with-too-few-able-to-go-home> erişim tarihi 28 Nisan 2024.

<https://www.who.int/news/item/21-11-2022-who-to-identify-pathogens-that-could-cause-future-outbreaks-and-pandemics> erişim tarihi 22 Şubat 2024.

IVO, Niks Matthijs: The importance of human rights protection in the internal protection alternative inquiry, (Yüksek Lisans Tezi, The American University in Kahire 2020).

Januzi v Secretary of State for the Home Department [2006] UKHL 5, [2006] 2 AC 426, para 7.

KARACA, Eren: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Geri Gönderme Yasası, Lexpera Blog, 02/09/2022, <
<https://blog.lexpera.com.tr/avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-baglaminda-geri-gonderme-yasagi/#:~:text=A%C4%B0HS%20Ba%C4%9Fam%C4%B1nda%20Geri%20G%C3%B6nderme%20Yasa%C4%9F%C4%B1,3.maddesi%20kapsam%C4%B1nda%20de%C4%9Ferlendirilmeye>

[%20ba%C5%9Flanm%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r>](#) erişim tarihi: 25 Ocak 2024.

- KINCHIN, Niamh ve MOUGOUEI, Davoud: What Can Artificial Intelligence Do for Refugee Status Determination? A Proposal for Removing Subjective Fear, *Int. J. Refug. Law, Cilt:34, Sayı:3-4, Yıl:2022, s. 373-397.*
- KJELLBERG STJERNSTRÖM, Ida: Assessing security and IPA in Afghanistan: A comparative case study on the assessment of security and internal protection alternative in Sweden and Norway, (Master thesis, Uppsala University 2020).
- LIBAL ET AL., Kathryn: Human Rights of Forced Migrants During the COVID-19 Pandemic: An Opportunity for Mobilization and Solidarity, *Journal of Human Rights and Social Work, Cilt:6, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 148-160.*
- Matter of R – [1992] 20 I&N Dec 621 Interim Decision 3195 (US Board of Immigration Appeals), citing Matter of A costa [1985] 19 I&N Dec 211, Interim Decision 2986 (US Board of Immigration Appeals).
- NÍ GHRÁINNE, Bríd: Safe zones and the internal protection alternative, *International & Comparative Law Quarterly, Cilt:69, Sayı:2, Yıl:2020, s. 335-364.*
- NÍ GHRÁINNE, Bríd: The Internal Protection Alternative in Costello, Foster, and McAdam, *The Oxford Handbook of International Refugee Law, OUP, Oxford 2020.*
- NÍ GHRÁINNE, Bríd: The Internal Protection Alternative Inquiry and Human Rights Considerations–Irrelevant or Indispensable?, *Int. J. Refug. Law, Cilt:27, Sayı:1 , Yıl: 2015, s. 29-51.*
- Norwegian Directorate of Immigration (UDI). (2014). UDI 2014-004 Asylpraksis Afghanistan.
- R v Immigration Appeal Tribunal, ex parte Jonah* [1985] Imm AR (English High Court of Justice, Queen’s Bench Division).
- SCHULTZ, Jessica: *The Internal Protection Alternative in Refugee Law: Treaty Basis and Scope of Application Under The 1951 Convention Relating to The Status of Refugees and Its 1967 Protocol*, 1. Baskı, Brill, Boston 2018.

Esra YILDIZ ÜSTÜN

Sığınma, sınırlar ve göç ile ilgili Avrupa hukuku el (2014) kitabı https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_asylum_TUR.

UK HOME OFFICE, Asylum Policy Instruction: Assessing Credibility and Refugee Status (Version 9.0, 2015) 13.

UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol 189, 137.

UNCHR, UNHCR Regional Representation for Central Europe (rrce), *The Internal Flight Alternative Practices: A UNHCR Research Study in Central European Countries* (2012).

UNHCR ‘An Overview of Protection Issues in Western Europe: Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR’ (September 1995) 95.

UNHCR Refugee Agency UK, <https://www.unhcr.org/uk/> erişim tarihi 5 Ocak 2024.

UNHCR, Global Trends: Forced Displacement in 2021. Bknz: <http://www.unhcr.org/global-trends2021/> erişim tarihi 10 Nisan 2024.

UNHCR, Guidelines on International Protection: ‘*Internal Flight or Relocation Alternative*’ within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (2003).

UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees, (2018). Eligibility guidelines for assessing the international protection needs of asylum-seekers from Afghanistan. <https://reliefweb.int/report/afghanistan/unhcr-eligibility-guidelines-assessing-international-protection-needs> erişim tarihi 10 Mart 2024.

USLU, Mustafa Semih: Türk Yabancılar Hukuku Bakımından Aile İkamet İzni, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022.

ÜSTÜN, Mustafa Tayfun: Göçün Güvenlikleştirilmesi ve Frontex Operasyonları’ in KALAYCI, İsa, KALMIŞ, Gökhan (eds): Çağlar Boyu Göç (Tarih-Kültür-Medeniyet), Gazi Kitabevi, Ankara 2021.

YILMAZ ELMAS, Fatma: Avrupa Birliği göç-dış politika ilişkisinde paradigma değişimi, (Doktora tezi, Ankara Üniversitesi 2016).

ZIMMERMANN, Andreas: the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, OUP, Oxford 2010, s. 446.

**THE SITUATIONS TO BE DECIDED WITHOUT A
HEARING ON PROCEDURAL MATTERS IN THE APPEAL
IN TURKISH CIVIL PROCEDURE LAW**

Derya BULUTTEKİN*

ABSTRACT

In Turkish civil procedure law, with the commencement of the regional courts of justice, a three-tier judicial system was introduced. Accordingly, inconclusive final decisions given by the first instance courts will first be subject to appeal legal review, if there are conditions. The Appeal, like appeal, is an ordinary remedy. Unlike the appeal review, the appeal review provides both procedural and legal compliance review. It is not necessary to hold a hearing in the appeal remedy, but a hearing will be held if necessary. However, the article 353/1-a of Turkish Code of Civil Procedure, it is regulated that the regional court of justice will decide on some of the files that have passed the preliminary examination stage in the appeal without a hearing. When the judge who is prohibited from hearing the case has made a decision, if the judge who was rejected despite the justified recusal request has heard the case, if the competent court has improperly ruled in a manner unauthorized or on lack of jurisdiction or has heard the case despite not having jurisdiction or competence, if there is a violation of other litigation conditions, if the court has deemed the lawsuit or

* Arş. Gör. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: buluttekind@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4913-7118.

Makalenin Gönderim Tarihi : 07.01.2024.

Makalenin Kabul Tarihi : 10.05.2024.

counterclaim not filed in violation of the procedure, in case of a decision to consolidate or separate the cases, the failure of the court to collect or evaluate evidence that is important enough to be effective in the resolution of the dispute, or the failure to decide on a significant part of what is requested from the court, the all foregoing are serious procedural matters and the regional courts of justice will decide on these issues without a hearing.

Keywords: Ordinary legal remedies, the appeal, the hearing in the appeal, the absolute reasons for the appeal.

TÜRK MEDENİ USUL HUKUKUNDA İSTİNAF KANUN YOLUNDA USULE İLİŞKİN HUSUSLARDA DURUŞMA YAPILMADAN KARAR VERİLECEK HALLER

ÖZ

Türk medeni usul hukukunda bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başlamasıyla üç dereceli yargılama sistemine geçilmiştir. Buna göre ilk derece mahkemelerinden verilen kesin olmayan nihai kararlar, şartları varsa öncelikle istinaf kanun yolu denetimine tabi tutulacaktır. İstinaf da temyiz gibi, olağan bir kanun yoludur. İstinaf incelemesi, temyiz incelemesinden farklı olarak hem usule uygunluk hem de hukuka uygunluk denetimini sağlamaktadır. İstinaf kanun yolunda duruşma yapmak şart olmayıp ihtiyaç duyulması halinde duruşma yapılacaktır. Bununla beraber Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 353/1-a'da, istinafta ön inceleme aşamasından geçmiş dosyaların bazıları hakkında bölge adliye mahkemesinin duruşma yapmadan vereceği düzenlenmiştir. Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması, haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması, görevli ve yetkili mahkemenin usulsüz olarak görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış olması, başka dava şartlarına aykırılık bulunması, mahkemece usule aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesi veya ayrılmasına karar verilmesi, mahkemece uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek derecede önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da mahkemeden talep edilen şeyin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması halleri usule ilişkin ağır yargılama hatalarıdır ve bu konular hakkında bölge adliye mahkemesi duruşma yapmadan karar verecektir.

Anahtar Kelimeler: Olağan kanun yolları, istinaf, istinafta duruşma, mutlak istinaf sebepleri.

I. INTRODUCTION

In Turkish law, it is possible to apply to *the legal remedy of appeal*¹ for the final decisions of the courts of first instance that are not finalized. The decisions rendered by the court of first instance may be erroneous or incomplete. One of the aims of the law remedy is to compensate for these errors and omissions by having them reviewed by a higher court. With the decision published in the *Official Gazette (No: 31862) on June 10, 2022, regional courts of justice (regional court of appeal)* operate in *eighteen*² different cities across the country.

¹ The *appeal (intermediate appeal, first-degree appeal)* is a legal remedy that is applied against the final decisions of the court of first instance that are not finalized, and that allows for a combination of substantive and legal review (Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Yetkin Printing Publishing Distribution, Ankara, 2009, p. 62*). On the appeal, the dispute is fully reexamined and decided independently of the proceedings before the court of first instance, taking into account the newly emerging changes and new evidence and facts that can be put forward without limitation (Ejder Yılmaz, *İstinaf, Yetkin Publications, Ankara, 2005, p. 21*). There are two main types of appeal in the doctrine (Nevhis Deren-Yıldırım, “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, *İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı, 07-08 March 2003, Türkiye Barolar Birliği Publications, pp. 267-284, Ankara, 2004, p. 268*; H. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım and Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları, Beta Printing Publishing Distribution Inc., 8th Edition, İstanbul, September 2011, p. 508*). In the system that accepts “*full appeal*”, the second degree trial is a completely new section of procedure, the judge of the court of appeal redirects the trial independently of the first instance court (Deren-Yıldırım, p. 268; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım, p. 508). Secondly “*limited appeal*”, on the other hand, consists of the review of the judgment rendered by the first instance court by a more qualified court (Deren-Yıldırım, p. 269; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım, p. 509). Accordingly, the degree of appeal is bound by the findings of the first instance court and bases its decision on the case material collected by the first instance court (Deren-Yıldırım, p. 269; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım, p. 509). In Turkish law, limited appeal is adopted (Deren-Yıldırım, p. 269-270; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım, p. 509).

² However, *as of June 2024*, the Malatya Regional Court of Justice has not yet been established and as a result, *seventeen regional courts of justice* are actively operating (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Bölge Adliye

As an ordinary legal remedy, the appeal operates through the regional courts of appeal, which act as both a court of review and a court of judgment between the courts of first instance and *the Court of Cassation*³. The purpose of the appeal in Turkish law is to review the first instance proceedings and *the inconclusive (non-final) court decisions* of the first instance court and to remedy the deficiencies and errors identified⁴. The narrow-sense appeal system has been adopted as regulated in the *Turkish Code of Civil Procedure (CCP)*⁵, and in this system, the regional court of justice will be bound by the findings of fact of the first instance court and the case material collected therein⁶. Accordingly, the regional courts of justice will conduct a limited review based on *the reasons (grounds) of appeal* raised by the parties in their petitions.

In the appeal remedy, the inconclusive court decisions rendered by the courts of first instance are examined in terms of *compliance with the law and proof*. The appeal review has *two stages*. A file that comes to

Mahkemeleri, <https://www.adalet.gov.tr/Birimler/BAM>, Access Date: 01.06.2024).

³ Murat Atalı, “Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması İlkesi ve İstinaf İncelemesinin Sebebe Bağlılığı”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Vol: Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, No: 2002/2, pp. 733-752, 2022, p. 736; Melis Taşpolat Tuğsavul, “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Vol: 30, No: 134, January 2018, p. 315.

⁴ Muhammet Özekes, Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, İstinaf ve Temyiz, Türkiye Barolar Birliği Publications, Ankara, 2008, p. 30; Akkaya, p. 59.

⁵ Code of Civil Procedure No. 6100 (CCP), O.G. Date: 04/02/2011, Number: 27836 (It will be used shortly as CCP in this article).

⁶ Akkaya, s. 88; Kamil Yıldırım, “İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri”, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, 19-20 October 2007, İzmir/Çeşme, Türkiye Barolar Birliği Publications, pp. 89-131, Ankara, 2008, p. 110; Deniz Meraklı Yayla, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Publications, Ankara, 2014, p. 21; Çağatay Serdar Şahin, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Vol: 21, pp. 2659-2701, 2019, p. 2666.

the regional court of justice will be subjected to a *preliminary examination* and afterwards *the actual examination* will begin. At the preliminary examination stage, the regional court of justice must decide whether to hold a hearing. However, the article 353 of the CCP titled “*Decisions to be rendered without a hearing*” stipulates that a decision will be rendered *without a hearing* in cases regulated in the law, regardless of the decision of the district court of appeal in the preliminary examination.

These grave procedural errors listed in the article 353/1-a of CCP, which will be decided without a hearing, should be considered as absolute grounds of appeal regarding procedural law⁷. In the event that the first instance court’s decision contains the grave procedural errors mentioned in the article 353/1-a of CCP, the regional court of justice will send the file to the first instance court without going into the merits and will decide on it without a hearing.

In terms of German law, the main principle is that *the court of appeal* must collect the necessary evidence and decide on the file. It is *an exception* when the court of justice does not render a decision and sends the file back to the court of first instance and it has been accepted in the presence of *significant errors of judgement*. The significant errors of judgement are determined by evaluating *the articles 538/2 and 547/1 of ZPO together*. If one of the significant errors of judgement specified in the aforementioned articles is found *while the case is at the appeal stage*, the court of justice *will annul the decision given in this file and send the file back to the first instance court*.

In this context, *the purpose of this article* is to reveal the general characteristics of the legal remedy of appeal *in Turkish civil procedure law* and to examine the situations to be decided without a hearing on procedural matters in the appeal, also referring to *German law*. The article consists of *two parts*. *In the first part*, the legal remedy of appeal will be evaluated in general. *In the second part*, the cases where the decisions will be made without a hearing on procedural issues in the appeal will be analyzed within the framework of the article 353/1-a of CCP.

⁷ Akkaya, p. 244; Murat Atalı, İbrahim Ermenek and Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Publications, 4th Edition, Ankara, October 2021, p. 613.

II. THE APPEAL AND GENERAL CHARACTERISTICS OF THE APPEAL PROCEEDINGS

In this section, which aims to explain the general characteristics of the appeal and appeal proceedings, “*decisions subject to the appeal*”, “*reasons for the appeal*”, “*persons who can apply for the appeal*”, “*the authorized appeal court*”, “*request of the appeal*”, and “*review of the appeal’s admissibility*” will be examined respectively.

A. Decisions Subject to the Appeal

The article 341 of the CCP lists *the decisions* that may be appealed. Accordingly, it is stated that the *unascertained final decisions of the courts of first instance* may be appealed. Since no distinction has been made in terms of the courts of first instance, final decisions of *the general and special courts in the judicial jurisdiction* regarding procedure and substance may be appealed, provided that they also meet the other conditions specified in the law⁸. An appeal can only be made against *the interim decisions* of the courts together with *the final decision on the merits*, and cannot be applied this legal remedies alone⁹. The legal

⁸ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay and Muhammet Özeker, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Publishing, 9th Edition, İstanbul, September 2021, p. 482; Akkaya, p. 92; Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, ZPO: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, 6. Auflage, §§355-945b, Verlag C.H.Beck, München, 2020 (MüKoZPO/... ZPO § ... Rn. ...), ZPO § 511 Rn. 6-9; Hans-Joachim Musielak and Wolfgang Voit, ZPO Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 21. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2024 (Musiak/Voit/Ball ZPO §... Rn. ...), ZPO § 511 Rn. 3; Ingo Saenger (Hrsg.), Zivilprozessordnung: Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht, NomosHandkommentar, 10. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2023 (Hk-ZPO/... §... Rn. ...), Wöstmann, § 511 Rn. 2.*

⁹ Akkaya, p. 111. As a rule in German law, *interlocutory (interm) decisions* cannot be appealed. Some interlocutory decisions have been accepted as *final decisions*. For example, *the interlocutory decisions on the admissibility of the case* are such. For evaluations on interlocutory decisions, see MüKoZPO/Rimmelpacher ZPO § 511 Rn. 10; Musielak/Voit/Ball ZPO § 511 Rn. 5; Hk-ZPO/Wöstmann § 511 Rn. 4.

remedy of appeal may be applied not only for the decisions rendered in *contentious judicial proceedings*, but also for the decisions rendered in *non-contentious judicial proceedings* (CCP, art. 387)¹⁰.

The legal remedy of appeal may also be filed against the decisions of rejection of the requests for *injunctive relief* and *provisional attachment*, the injunctive relief and provisional attachment decisions rendered in *the face of the opposing party*, and the injunctive relief decisions rendered in *the absence of the opposing party*.

The remedy of appeal is *limited* in terms of amount or value and the remedy of appeal is left open for decisions *above 28,250 Turkish liras* (2024)¹¹. In other words, decisions below 28,250 Turkish liras are considered *final* in cases related to assets whose amount or value can be determined. In cases of *moral damages*, the legal remedy of appeal can be applied against the judgments regardless of the amount or value (CCP, art. 341/2). Since there is no limitation in the CCP with regard to cases that are not related to assets, an appeal may also be filed against the decisions in this regard¹². In terms of cases consolidated during the proceedings, the limit of finality for the appeal is determined based on *the independent value of each case*, not on the total value of these cases¹³.

There is no clear regulation on whether *interest*, *execution denial compensation* and *costs* will be taken into account when determining the limit for appeal, and how the monetary limit will be determined in case of consolidation or separation of cases¹⁴. Within the scope of *the freedom to seek rights*; interest, execution denial compensation, and costs should also

¹⁰ Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Publications, Ankara, 1961, p. 199; Akkaya, p. 127.

¹¹ Nedim Meriç, *HMK ve İİK’da Yer Alan Parasal Sınırlar*, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (<https://legalbank.net>, Access Date: 03.04.2024).

¹² Muhammet Özekes, “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi Özellikle İstinaf”, *Legal Hukuk Dergisi*, No: 23, pp. 3103-3116, November 2004, p. 3104; Pekcanitez, Atalay and Özekes, p. 484.

¹³ Pekcanitez, Atalay and Özekes, p. 484.

¹⁴ Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, Filiz Bookstore, 5th Edition, İstanbul, September 2021, p. 404.

be taken into account when determining the limit of appeal by interpreting in favor of the party who wants to apply for legal remedies¹⁵.

If *a part of the receivable* has been sued, the finality limit of 28,250 liras in terms of the appeal legal remedy is determined according to the entire receivable. If *the entire receivable* has been sued, the party whose main receivable is not accepted in the decision does not exceed 28,250 liras cannot appeal.

Appeals can be made to the regional courts of appeal against the final decisions of the courts of first instance regarding the cases and works of the first instance courts that can be appealed, or the final decisions of the regional courts of appeal, for which *the Court of Cassation* is specified in other laws (CCP, art. 341/5).

B. Reasons for the Appeal

Pursuant to the article 342/2-e of CCP, *the applicant for appeal* must clearly state *the reasons and grounds for appeal* in his/her petition. However, pursuant to the article 342/3 of CCP, if the petition for appeal bears the identity and signature of the applicant and sufficient records to identify the decision appealed, the petition shall not be rejected even if the other issues are not present, and the necessary examination shall be made within the framework of Article 355. Accordingly, pursuant to the article 355 of CCP, if there is *a violation of public order*¹⁶, this situation shall be taken into consideration *ex officio* by the regional court of justice (CCP, art. 355). Since *civil procedures law* is a formal branch of law that generally consists of mandatory rules, it will not be possible to leave the jurisdiction and procedure to the choice of the parties¹⁷. The rules regarding the organization of the judiciary and the conduct of the

¹⁵ Varol Karaaslan, “Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış”, *Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi*, Vol: 15, No: 43, pp. 441-466, 2019, 450 et al.; Budak and Karaaslan, p. 404.

¹⁶ For the concept of *public order* in *appeal*, see Sezin Aktepe Artık, “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol: 30, No: 134, pp. 257-292, January 2018, p. 260 et al.

¹⁷ Aktepe Artık, p. 262.

proceedings can generally be considered within the scope of *public order*¹⁸.

It is possible to categorize the grounds of appeal into three groups: *violation of the rules of substantive law*, *violation of the rules of procedural law*, and *wrong conclusion on the substantive issue*¹⁹.

It would not be appropriate to examine the application of appeal made *without showing the grounds* in terms of violation of public order by examining it *on the merits*²⁰. Considering an application that contains only the *identity* and *signature* of the applicant and information that will identify the decision appealed, will cause unnecessary applications and workload in the judiciary²¹.

The examination in the legal remedy of appeal shall be limited to the reasons stated in *the petition* (CCP, art. 355). One of the most important differences between the appellate remedy (appeal) and the appeal remedy is that the Court of Cassation, while examining the appeal, is not bound by the grounds of appeal put forward by the parties, but may also examine other issues that it deems contrary to the express provision of the law (CCP, art. 369/1).

*The reason why there is no limitation on the reasons of appeal in the law is that the regional court of justice may sometimes hold a hearing during the examination and decide on the merits of the matter again. From this point of view, issues affecting the proceedings in terms of both procedural and substantive aspects constitute grounds for appeal*²².

¹⁸ Haluk Konuralp, “İstinafta Kamu Düzeni Kavramı”, *Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı*, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI*, 19-20 October 2007, İzmir/Çeşme, Türkiye Barolar Birliği Publications, pp. 133-150, Ankara, 2008, p. 145.

¹⁹ Atalı, Ermenek and Erdoğan, p. 612. For *various classifications of reasons for the appeal*, see Yıldırım, p. 99 et al.

²⁰ Hilal Ünal Kaya, “Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı”, *İstanbul Hukuk Mecmuası (İstanbul Law Review)*, Vol: 78, No: 4, pp. 1899-1919, 2020, p. 1905-1906.

²¹ Muhammet Özokes, Pekcanitez *Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III*, Ed: Hakan Pekcanitez, Muhammet Özokes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz, On İki Levha Publishing, 15th Edition, İstanbul, 2017, p. 2237-2238; Akkaya, p. 250 et al.; Budak and Karaaslan, p. 406; Ünal Kaya, p. 1906.

²² Pekcanitez, Atalay and Özokes, p. 484; Budak and Karaaslan, p. 406.

C. Persons Who Can Apply for the Appeal

Those who can apply for the appeal remedy are primarily *the parties of the lawsuit*, who *have legal interest in filing a lawsuit and making a procedural request*²³. The article 361/2 of CCP stipulates that the party who has been vindicated in the lawsuit may also apply for appeal, provided that it has *legal interest*. By analogy to this provision, the party in whose *favor the judgment* was rendered may also apply to the legal remedy of appeal, provided that s/he has legal interest²⁴.

In the application to the legal remedy of appeal in terms of *litigation friends*; each of *the voluntary litigation friends* may apply to the legal remedy of appeal separately from the others, and *the compulsory litigation friends* may apply to the legal remedy of appeal together²⁵.

An accessory intervener (secondary intervener, sub-intervenor) is an *auxiliary party* and it is controversial *whether he/she can apply for legal remedy independently from the party he/she is joining the case with*. Some opinions hold that the accessory intervener cannot apply to the legal remedy of *appeal or cassation alone*²⁶, while some opinions accept that the accessory intervener can apply to the legal remedy alongside *the main party or alone*²⁷. According to the view that we agree with, if the main party *has not waived the right to appeal*, the accessory intervener

²³ Baki Kuru and Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Publications, 5th Edition, January 2021, p. 487; Pekcanitez, Atalay and Özokes, p. 485; Budak and Karaaslan, p. 403; Akkaya, p. 125; MüKoZPO/Rimmelspacher ZPO § 511 Rn. 20; Musielak/Voit/Ball ZPO § 511 Rn. 10a; Hk-ZPO/Wöstmann § 511 Rn. 9; Volkert Vorwerk and Christian Wolf, BeckOK ZPO, 53. Edition, Verlag C. H. Beck, München, 2024 (BeckOK ZPO/... ZPO § ... Rn. ...), Wulf ZPO § 511 Rn. 26.

²⁴ Budak and Karaaslan, p. 403.

²⁵ Pekcanitez, Atalay and Özokes, p. 485; Atalı, Ermenek and Erdoğan, p. 611; Şanal Görgün, Levent Börü and Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Publications, 10th Edition, Ankara, October 2021, p. 653.

²⁶ Kuru and Aydın, p. 391.

²⁷ Pekcanitez, Atalay and Özokes, p. 485; Hakan Pekcanitez and Nedim Meriç, *Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale*, On İki Levha Publishing, İstanbul, 2020, p. 310; BeckOK ZPO/Wulf ZPO § 511 Rn. 28; MüKoZPO/Schultes ZPO § 61 Rn. 6.

may appeal with the main party or alone²⁸. *The primary intervener (principal intervener, main intervener)* may apply to the legal remedy of appeal in relation to *the primary intervention case* to which s/he is also a party²⁹.

The cases requiring *special authorization in the power of attorney* are explicitly listed in the article 74 of CCP. According to this article, *the attorneys* of the parties may also apply to the legal remedy of appeal without a special authorization in their power of attorney. According to this article, *the parties' attorneys may not waive the application for legal remedies without a special authorization in their power of attorney*.

The party who does not have *the right to apply* or who has missed *the deadline for application* may apply to *the legal remedy of appeal by participation*³⁰ with *the reply petition* to the petition of appeal notified to him. At this point, the subject of discussion is whether *legal benefit* is sought in the appeal by the way of participation. Based on both the wording of the law and the opinions in practice, *it is not deemed necessary* to seek legal interest in the appeal by the participating party³¹. If the main applicant to the legal remedy of appeal waives his/her request or his/her request is rejected by the regional court of justice without going into the merits, the request of the applicant by way of participation shall also be rejected (CCP, art. 348/2).

The waiver of the appeal remedy is subject to different consequences in terms of timing. Parties who have the right to file an appeal cannot waive their right to file an appeal before *the notification* of the judgment to them. If the right of appeal is waived after the application is filed, the file shall not be sent to the regional court of justice and the

²⁸ Hakan Pekcanitez, “İdari Yargıda Fer’i Müdahil Hükümü Tek Başına Temyiz Edebilir Mi? (Karar Tahlili)”, Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Publications, pp. 591-601, İzmir, 2001, p. 593; Pekcanitez, Atalay and Özekes, p. 485.

²⁹ Pekcanitez, Atalay and Özekes, p. 181; Akkaya, p. 141; Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, Alfa Printing Publishing Distribution, İstanbul, 1995, p. 80; Görgün, Börü and Kodakoğlu, p. 654; Atalı, Ermenek and Erdoğan, p. 612.

³⁰ For detailed information on *the appeal by participation*, see Cenk Akil, “Katılma Yoluyla İstinaf (HMK m. 348) Üzerine Kısa Bir Not”, Yargıtay Dergisi, Vol: 44, No: 1, pp. 61-86, January 2018, p. 64 et al.

³¹ Akil, Katılma Yoluyla İstinaf, p. 68; Akkaya, p. 177.

court that rendered the decision shall decide to reject the application. If the file has been sent to the regional court of justice and has not yet been decided, and if the right of appeal is waived at this stage, the application shall be rejected due to waiver (CCP, art. 349/1). Waiver of the appeal is not subject to any *formal requirements* or *acceptance by the court or the opposing party*³².

D. The Authorized Regional Court of Justice

The Law No. 5235³³ on the regulates the establishment, duties and powers of the courts of *first instance* and *regional courts of justice* (*regional court of appeal*). According to the article 3 of this Law, the courts of *second degree of judicial jurisdiction* are the *regional courts of justice*.

The regional courts of justice are established by *the Ministry of Justice*, after obtaining the positive opinion of *the Council of Judges and Prosecutors*, in places determined by taking into account the geographical situation and workload of the regions. The Council of Judges and Prosecutors, upon the proposal of the Ministry of Justice, decides on the determination, change or abolition of the judicial districts of the regional courts of justice (Law No. 5235, art. 25). There are seventeen regional courts of justice throughout the country, namely *Ankara, Antalya, Erzurum, Gaziantep, Istanbul, Izmir, Samsun, Adana, Bursa, Konya, Sakarya, Diyarbakır, Kayseri, Trabzon, Van, Tekirdağ* and *Denizli* Regional Courts of Justice. The Council of Judges and Prosecutors determines *the jurisdictions* of these regional courts of appeal.

Inconclusive judgments and decisions of the courts of first instance may be appealed to the relevant regional court of justice within the jurisdiction of the court of first instance. The jurisdiction of the courts of first instance is defined in the CCP as *final* and *inconclusive* (*non-*

³² Akkaya, p. 146. Also, for discussions on *whether the waiver of the appeal remedy can be made by contract* in both Turkish and German law, see Özekes, Kanun Yolu İncelemesi Özellikle İstinaf, p. 3016; MüKoZPO/Rimmelpacher ZPO § 515 Rn. 4 et al.; Musielak/Voit/Ball ZPO § 515 Rn. 1 et al.; Hk-ZPO/Wöstmann § 515 Rn. 2 et al.

³³ Establishment, Duties and Powers of Courts of First Instance and Regional Courts of Justice Law No. 5235, O.G. Date: 07/10/2004, Number: 25606.

final) jurisdiction. If the jurisdiction of the courts is definitive, a *jurisdiction agreement* cannot be concluded. *The mandatory (compulsory) jurisdiction (mandatory territorial jurisdiction)* is considered a matter of *public order* and this situation is *automatically taken into consideration by the court*. If the jurisdiction of the courts is not regulated as mandatory jurisdiction, if the conditions are present, the parties may agree on the jurisdiction of the court of first instance by concluding a jurisdiction agreement between them. If the jurisdiction of the court of first instance is determined by the jurisdiction agreement, the jurisdiction of the regional court of justice is indirectly determined, but this does not change the fact that the jurisdiction of the regional courts of appeal is conclusive³⁴. As it is clearly stated in the law, a jurisdiction agreement cannot be concluded for the regional courts of appeal (CCP, art. 357/2).

In addition, if the regional court of justice determines at the end of *the preliminary examination* that *the file* should be examined by another regional court of justice in terms of jurisdiction, it shall decide *without a hearing* to send the file to the relevant regional court of justice (CCP, art. 352/1).

In the event that the jurisdictional circle of the regional courts of jurisdiction changes, in the appeal examination of the decisions rendered by the courts of first instance before the date set in the *Official Gazette* for the implementation of this change, the competent regional courts of justice as of *the date of the decision* cannot issue a decision of lack of jurisdiction on the grounds that the jurisdictional circle has changed. If the files that have been subject to appeal examination before the change of the jurisdictional circle are subject to appeal examination again, they shall be finalized by the regional courts of jurisdiction that has done the first examination (Law No. 5235, annex art. 1).

E. Request of the Appeal

The application to the legal remedy of appeal shall be made by *petition*. The petition shall be accompanied by as many copies as the

³⁴ Kuru and Aydın, p. 497; Pekcanitez, Atalay and Özekes, p. 486; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz and Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Publications, 7th Edition, Ankara, October 2021, p. 634.

number of opposing parties. The petition of appeal shall contain *the names, surnames, Turkish Republic identification numbers and addresses of the applicant and the opposing party, the names, surnames and addresses of their legal representatives and attorneys, if any, the court from which the decision was rendered, the date and number of the decision, the date of notification of the decision to the applicant, the summary of the decision, the reasons and grounds for the application, the result of the request, and the signature of the applicant or the legal representative or attorney, if any.* If the petition of appeal bears *the identity and signature of the applicant and the records that sufficiently indicate the decision for which the petition is filed,* it shall not be rejected even if the other issues are not present, and the necessary examination shall be made within the scope of the main examination in the appeal (CCP, art. 342).

The petition of appeal may be submitted to the court that rendered the decision or to another court. Whichever court the petition for appeal is submitted to, it shall be registered in the regional court of justice *application book* and the applicant shall be given *a receipt* free of charge (CCP, art. 343/1). If the petition of appeal is submitted to a court other than the court that rendered the decision, after the necessary action is taken by this court, it is sent to the court that rendered the decision together with its copies, and this situation is notified to the court (CCP, art. 343/2). The file shall be sent to the relevant regional court of justice by the court that rendered the decision, regardless of *the chamber* indicated in the petition of appeal (CCP, art. 343/4).

When filing a petition for appeal, all expenses, including *the necessary fees and notification expenses,* shall be paid (CCP, art. 344). If it is subsequently understood that the fees and expenses have not been paid or have been paid incompletely, the applicant shall be notified in writing by the court that rendered the decision that they must be completed within *a one-week definite period,* otherwise *the application will be deemed abandoned* (CCP, art. 344). If the fees and expenses are not completed within the definite period of one week, the court shall deem the application as not filed (CCP, art. 344).

The period for filing an appeal is *two weeks* (CCP, art. 345). The two-week period procedurally begins with *the notification of the judgment* to each party. (CCP, art. 345). Therefore, the appeal period may start on different dates for each party.

The petition of appeal is notified to the opposing party by the court that made the decision (CCP, art. 347/1). The opposing party may file its reply petition to the court that rendered the decision or to another court of another place to be sent to this court within two weeks following the notification (CCP, art. 347/2). The court that rendered the decision shall, after the petitions have been filed or certain periods of time have elapsed, send the file to the relevant regional court of justice, attached to the index list (CCP, art. 347/3).

F. Review of the Appeal's Admissibility

1. The Preliminary Review

After the application to the legal remedy of appeal, *the review made by the legal department of the regional court of justice over the file is the preliminary review (preliminary examination, preliminary investigation)* and is *the first stage of the review* to be made in the legal remedy of appeal. The preliminary review to be conducted in the regional courts of appeal is different from the preliminary review to be conducted in the courts of first instance and is more similar to the preliminary examination conducted in the Court of Cassation³⁵. *At the preliminary review stage*; the necessity of the review to be conducted by another chamber or the regional court of justice, the finality of the decision rendered by the court of first instance, whether the application for appeal was filed within the time limit, whether the conditions for the application for appeal have not been fulfilled, and whether the reasons or grounds for the application have not been shown at all will be examined (CCP, art. 352). The requirements of the preliminary review are listed in a limited manner and the examination must be conducted in the order specified in the CCP³⁶.

If, at the end of the preliminary review, it is determined that there are *no deficiencies in the file*, the file is taken under the review and thus the proceedings may *commence* (CCP, art. 352/3).

³⁵ Kuru and Aydın, p. 502; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz and Hanağası, p. 638; Budak and Karaaslan, p. 413.

³⁶ Akkaya, p. 245.

The procedures to be carried out in the preliminary examination shall be carried out by *the committee* or *a member to be assigned*, but the decision to be made at the end of the preliminary examination shall be made by *the committee* (CCP, art. 352/2).

2. The Review

Depending on *the nature of the case*, the examination to be conducted by *the civil chamber of the regional court of justice* shall be carried out by the panel or by a member to be assigned (CCP, art. 354/1). If necessary, another regional court of justice or court of first instance may be cited (*rogatory*) during the examination (CCP, art. 354/2). The jurisdictional circle of the regional courts has been established to cover more than one province, therefore, when conducting *investigations* such as *hearing witnesses* or *conducting discovery (inspection by Judge)* outside the province where the court of first instance is located, it will be necessary to refer to the court of first instance in that province. If it is necessary to conduct an investigation outside the jurisdiction of the regional court of first instance where the case is heard, the regional court of first instance in that place shall be cited³⁷.

The proceedings in the regional courts of justice consist of preliminary examination, *investigation*, *oral proceedings*, and *decision* if no deficiency is detected in the file in the preliminary examination. In cases where a decision will be rendered *without a hearing* in the appeal proceedings (CCP, art. 353), the decision should be rendered *on the file* without the need for oral proceedings. In cases where *a hearing is required*, paying attention to the stages of the proceedings and not skipping the oral proceedings will ensure a more accurate conclusion of the appeal proceedings³⁸.

In the regional courts of justice, the examination is *limited to the reasons stated in the petition of appeal* (CCP, art. 355/1). However, if the regional court of justice sees *a violation of public order*, it shall consider this *ex officio* (CCP, art. 355/1).

During the examination in the civil departments of the regional courts of justice, no *counterclaim* may be filed, no *request for*

³⁷ Pekcantez, Atalay and Özekes, p. 491; Budak and Karaaslan, p. 416.

³⁸ Pekcantez, Atalay and Özekes, p. 492.

intervention in the case may be made (CCP, art. 357/1). *Amendment (rectification) of the case* cannot be requested (CCP, art. 357/1). *As stated in the article 166 of CCP*, lawsuits filed in civil courts of *the same level and title in the same jurisdiction* may be consolidated at any stage of the case, upon request or automatically, in the court where the first case was filed, if there is *a connection between them*, but otherwise, consolidation of the cases cannot be requested (CCP, art. 357/1). Except for those to be taken into consideration *ex officio* by the regional court of justice, *claims and defenses not raised in the first instance court* cannot be heard (CCP, art. 357/1). *New evidence* may not be relied upon (CCP, art. 357/1); however, evidence that was duly presented at the court of first instance but rejected without examination, or evidence that cannot be presented due to *force majeure* may be examined by the regional court of justice (CCP, art. 357/3). No *jurisdiction agreement* may be concluded for the regional courts of appeal (CCP, art. 357/2).

III. PROCEDURAL MATTERS TO BE DECIDED WITHOUT A HEARING ON THE APPEAL

In this section, which aims to explain the procedural situations in which a decision will be given without a hearing in the appeal, “*the situation in the German Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung, ZPO)*” and “*the situation in the Turkish Code of Civil Procedure (CCP)*” will be examined respectively. In terms of examining the situation under the CCP, the following situations will be evaluated: “*Where the Judge Who Is Prohibited From Hearing the Case Has Made a Decision*”, “*Where Despite a Justified Request for Recusal, the Recused Judge Has Heard the Case*”, “*Where the Court Has Given a Decision of Lack of Jurisdiction or Incompetence Despite Having Jurisdiction and Competence or the Court Has Heard the Case Despite Not Having Jurisdiction or Competence*”, “*Existence of Violation of Other Litigation Conditions*”, “*The Court Has Decided to Regard the Case or Counterclaim Unfiled or Has Decided the Consolidation or the Separation of Cases in Violation of Procedure*”, and “*Failure of the Court to Collect or Evaluate Evidence Significant Enough to Be Effective in the Resolution of the Dispute or Failure to Decide on a Significant Part of the Request.*”

A. The Situation in the German Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung, ZPO)

The article 538 of ZPO are arranged under the title “*Zurückverweisung*”, that is, “*Referral to a court of lower instance*” (*repatriation, referral*). The title of the article was criticized because it referred to *the exceptions in the second paragraph*, not the basic regulation in the first paragraph³⁹. According to ZPO art. 538/1, as a rule, the court of appeal must decide on the issue itself by collecting the necessary *evidence*⁴⁰. Although this is the rule, *the repatriation is an exception* and is strictly regulated, limited to those *listed in this article*⁴¹.

It has been accepted that in case of one of the exceptional circumstances in the article 538/2 of ZPO, the file should be sent to the first instance court by the court of appeal. *Contrary to the general regulation in the first paragraph*, the second paragraph makes the sending of the file to the first instance court dependent on the application of at least one party, *except for the seventh subparagraph* and thus the repatriation has been made more difficult⁴². The purpose of limiting repatriation to the request of the party and to certain situations listed in the article is to *speed up the judgement process and reduce its cost*⁴³. In addition, the court of appeal was not given any discretion in *sending it*

³⁹ MüKoZPO/Rimmelpacher ZPO § 538 Rn. 1; Bernhard Wieczorek and Rolf A. Schütze, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze (ZPO) Großkommentar: Band 7 §§ 511-591*, 5. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2021 (Wieczorek/Schütze/... § ... ZPO Rn. ...), Gerken § 538 ZPO Rn. 1.

⁴⁰ MüKoZPO/Rimmelpacher ZPO § 538 Rn. 9; BeckOK ZPO/Wulf ZPO § 538 Rn. 1.

⁴¹ BeckOK ZPO/Wulf ZPO § 538 Rn. 1-3; Hk-ZPO/Wöstmann § 538 Rn. 2; Musielak/Voit/Ball ZPO § 538 Rn. 2; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab and Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010 (Rosenberg/Schwab/Gottwald § ... Rn. ...), § 139 Rn. 19.

⁴² MüKoZPO/Rimmelpacher ZPO § 538 Rn. 26; Musielak/Voit/Ball ZPO § 538 Rn. 1; Hk-ZPO/Wöstmann § 538 Rn. 5; BeckOK ZPO/Wulf ZPO § 538 Rn. 4.

⁴³ Musielak/Voit/Ball ZPO § 538 Rn. 5; BeckOK ZPO/Wulf ZPO § 538 Rn. 2; MüKoZPO/Rimmelpacher ZPO § 538 Rn. 1.

*back*⁴⁴. If there is one of *the grounds listed in the article* and one of the parties *requests the repatriation*, the court of appeal *must fulfill it*.

In order for the file to be sent to the court of first instance, a *significant error in judgment* must have been made⁴⁵. In order to detect the significant errors of judgment, it will be necessary to look at *the absolute reasons for appeal listed in the article 547/1 of ZPO*⁴⁶. Determining what the significant errors of judgment are is related to the absolute reasons for appeal listed in the article 547/1 of ZPO. Accordingly, the absolute reasons for appeal are; *failure to establish the court properly, the judge who is prohibited from hearing the case has made a decision although the request for rejection of the judge is accepted the same judge hears the case, one of the parties was not lawfully represented in the proceedings, the violation of the provisions regarding the principle of publicity in judgment, and the judgment without justification*. Along with these absolute reasons for appeal, *the relative procedural errors* that affect the decision in the judgment should also be considered as significant errors of judgment that lead to repatriation⁴⁷. The judicial errors such as violation of “*the right to be heard*” and violation of “*the assignment of the judge’s clarification of the lawsuit*” are also important procedural errors that lead to repatriation⁴⁸. If the first instance court incorrectly evaluates *the essence of the parties’ statements* to a level that may violate “*the right to fair trial*” and therefore it misses an issue that will affect the decision or *an important part of the*

⁴⁴ Musielak/Voit/Ball ZPO § 538 Rn. 2.

⁴⁵ Varol Karaaslan, “HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol: 22, No: 37, pp. 219-239, 2017, p. 223.

⁴⁶ Musielak/Voit/Ball ZPO § 538 Rn. 9, 11; MüKoZPO/Rimmelspacher ZPO § 538 Rn. 35; BeckOK ZPO/Wulf ZPO § 538 Rn. 10; Wieczorek/Schütze/Gerken § 538 ZPO Rn. 12; Heinz Thomas and Hans Putzo, Zivilprozessordnung: FamFG, Verfahren in Familiensachen, GVG, Einföhrungsgesetze, EU-Zivilverfahrensrecht, Kommentar, 33. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2012 (... in Thomas/Putzo § ... Rn. ...), Reichold in Thomas/Putzo § 538 Rn. 9; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 139 Rn. 23.

⁴⁷ Reichold in Thomas/Putzo § 538 Rn. 9; Karaaslan, HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme, p. 223.

⁴⁸ MüKoZPO/Rimmelspacher ZPO § 538 Rn. 41, Reichold in Thomas/Putzo § 538 Rn. 10-11; Karaaslan, HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme, p. 223.

request, the file will have to be sent back to the first instance court in terms of the article 538/2 of ZPO⁴⁹.

According to all these explanations, in case of the existence of the absolute reasons for appeal listed in the article 547/1 of ZPO which are considered as significant errors of judgment or one of the situations in the article 538/2 of ZPO, in German law, the court of *appeal will revoke the judgment given in the file before it and send the file back to the court of first instance*.

B. The Situation in the Turkish Code of Civil Procedure (CCP)

In the preliminary examination stage of the appeal proceedings, attention will be paid to issues such as whether the file should be examined by another department or regional court of justice, whether the application for appeal was filed within the time limit, and whether the application conditions are fulfilled (CCP, art. 352/1). The preliminary examination stage is a stage related to *the internal functioning of the legal remedy of appeal*⁵⁰. On the other hand, the procedural errors and deficiencies listed in the article 353/1-a of CCP are *serious (grave) errors of judgment* that occurred during the first instance proceedings and significantly affect the proceedings⁵¹. These cases will be examined after the preliminary examination stage and a decision will be made without a hearing.

During the appeal examination, the regional court of justice, in the presence of these serious errors of judgment, decides definitively⁵², *without holding a hearing*, to *annul the decision without examining the*

⁴⁹ MüKoZPO/Rimmelspacher ZPO § 538 Rn. 42.

⁵⁰ Akaya, p. 244.

⁵¹ Atalı, Ermenek and Erdoğan, p. 629; Akkaya, p. 244.

⁵² “As for the review of the appellate objections of the parties; 1-) In the review of the defendant's appeal petition regarding the the claim for jewelry and dowry receivable; the decision of the regional court of justice to refer the case to the first instance court regarding the claim for jewelry and dowry receivable is not subject to appeal and is final (CCP, art. 353/1-a-6). For this reason, it was necessary to decide to reject the defendant's appeal petition regarding the the receivable for jewelry and dowry.” The decision of the 2nd Civil Chambers of the Court Of Cassation, T. 12.12.2022, E. 2022/8422, K. 2022/10293 (<https://kazanci.com.tr>, Access Date: 03.12.2023).

merits and to *send the file to the court that rendered the decision* or to *another court in its jurisdiction* or to the competent and authorized court for the retrial of the case⁵³. The court of first instance *cannot resist* against the referral decision⁵⁴. Despite the provision of the article 362/1-g of CCP stating that these decisions *are not subject to appeal*, it is observed that there are decisions⁵⁵ that have been reviewed by *the Court of Cassation*⁵⁶.

1. Where the Judge Who Is Prohibited From Hearing the Case Has Made a Decision

The situations in which it is considered that the judge cannot be impartial in the case, or where it is highly probable that the judge cannot be impartial⁵⁷, are listed in the article 34 of CCP as *reasons for prohibition*. Accordingly, a judge may not act as a judge in a case that *belongs to* or is *related to* him/her. In addition, the judge is prohibited from acting as a judge in the case of his/her *spouse*, even if *the marriage*

⁵³ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz and Hanağası, p. 642; Atalı, p. 739. For detailed information on *the issue of finality of judgements*, see. Onur Tabak, “HMK m. 353/1-a Uyarınca Verilen Kararların Kesinliği Meselesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol: 9, No: 1, pp. 155-168, January 2023, p. 158 et al.

⁵⁴ See the decision of the Constitutional Court, T. 28.03.2018, E. 2017/120, K. 2018/33 (Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz and Hanağası, p. 641, footnote 16).

⁵⁵ “*In the article 353/1-a of the Code of Civil Procedure, it is regulated that in cases of..., the regional court of justice will definitely decide to annul the decision without examining the merits and to send the file back to the first instance court for the case to be heard again. As for the specific case; although the first instance court decided on both divorce cases of the plaintiff-counter-defendant man, it was not right to decide to send the file back to the first instance court on the grounds that no judgement was made. In that case, while the regional court of justice should have examined the merits of the mutual divorce cases, it was not right to make a judgment in writing and it required a reversal.*” The decision of the 2nd Civil Chambers of the Court Of Cassation, T. 04.07.2019, E. 2019/3648, K. 2019/8310 (<https://www.lexpera.com.tr>, Access Date: 03.12.2023). Again see the decision of the 2nd Civil Chambers of the Court Of Cassation, T. 10.04.2019, E. 2017/2514, K. 2019/4461 (Tabak, p. 156, footnote 2).

⁵⁶ Tabak, p. 156.

⁵⁷ Pekcanitez, Atalay and Özekes, p. 104.

is dissolved, in the case of his/her *fiancé*, in the case of his/her or his/her spouse's descendants or *lineal descendants*. He or she may not act as a judge in the case of his or her *adopted child*, in the case of his or her relatives by blood up to and including *the third degree*, or in the case of his or her *relatives in-law*, even if *the marriage is dissolved*, or in the case in which he or she acts as *an attorney, guardian or legal advisor* of one of the parties.

The cases in which a judge is prohibited are listed in a *limited manner* in the CCP. In case of any of these cases, the judge cannot hear the case. The parties to the case may *always claim that the judge is prohibited from hearing the case*. Even if the parties do not request it, the prohibited judge must recuse himself/herself from hearing the case. Nevertheless, if the judge of the first instance court, who is prohibited from hearing the case, *has heard the case and rendered a decision*, this is one of the situations listed in the article 353/1-a of CCP, which will be examined and decided without a hearing in the legal remedy of appeal.

The fact that the judge who is prohibited from hearing the case has made a decision requires the regional court of justice to *annule the decision without going into the merits* and to decide definitively, *without holding a hearing*, that if there is a judge *in the same jurisdiction*, the file should first be sent to him/her, *if not*, the file should be sent to another court that it deems appropriate in its own jurisdiction⁵⁸.

2. Where Despite a Justified Request for Recusal, the Recused Judge Has Heard the Case

The article 36 of CCP lists the reasons for *recusal of a judge*. These situations are considered to be cases where there is *a suspicion* that the judge *cannot be impartial* and are not *limited to the situations listed in the CCP*⁵⁹. According to the relevant article, the fact that the judge has *given advice or guidance* to one of the two parties in the case, or *has explained his/her opinion* to one of the two parties or to a third party, even though he/she is not required to do so by law, are among the situations that may require the recusal of the judge. In addition, the fact that the judge was heard as *a witness or expert-witness*, or acted in the capacity of *a judge or arbitrator*, or acted as *a mediator or conciliator*

⁵⁸ Budak and Karaaslan, p. 424; Taşpolat Tuğsavul, p. 334.

⁵⁹ Pekcantez, Atalay and Özekes, p. 104.

will also be grounds for the recusal of the judge. And also, the fact that the case belongs to *the judge's relatives by consanguinity, including the fourth degree*, and the existence of a lawsuit or *enmity* between one of the two parties are regulated as grounds for recusal.

Since it is accepted that there is an important reason to *doubt the impartiality of the judge*, especially in the cases listed in the Law, one of the parties may recuse the judge or the judge may recuse himself/herself.

3. Where the Court Has Given a Decision of Lack of Jurisdiction or Incompetence Despite Having Jurisdiction and Competence or the Court Has Heard the Case Despite Not Having Jurisdiction or Competence

In the remedy of appeal, another situation that requires the regional court of justice to decide without holding a hearing is that the court of first instance gives a decision of *lack of jurisdiction* or *lack of competence* even though *the existence of jurisdiction and competence*. In this case, the regional court of justice shall *annule the decision of the court of first instance* and decide to *send the file to the court of first instance* that rendered the decision.

The duty of courts is regulated by law and *the rules of duty* are of public order (CCP, art. 1). Due to the fact that the rules of jurisdiction are of public order, both *the parties may assert them at every stage of the proceedings* and *the court may examine the issue of jurisdiction itself at any time*. Furthermore, the duty of court is *a condition of the lawsuit* (CCP, art. 114). Therefore, the court shall investigate *the existence of the conditions of the lawsuit at every stage of the proceedings*. The parties may also assert *the lack of a condition of action at any time* (CCP, art. 115). Despite all these, if the court of first instance *has heard a case when it has no jurisdiction* and this situation is realized at the stage of the legal remedy of appeal, it is an issue to be examined *without a hearing* in the appeal. In other words, the court tried the case *despite being out of jurisdiction* and there is a *serious procedural error*, as in all other matters to be examined on appeal without a hearing⁶⁰. Upon the decision rendered by *the court without jurisdiction* and subject to review of appeal, the regional court of justice shall *annul the decision of the court of first instance* and decide to *send the file to the court of first instance*.

⁶⁰ Akkaya, p. 316.

In Turkish law, in general, *the jurisdiction (territorial jurisdiction, authority) of the courts* is not considered within *the scope of public order, as in the duty of court*. In some cases, *rules of conclusive jurisdiction are exceptionally regulated and the rules of conclusive jurisdiction are considered to be related to public order*⁶¹. The article 353/1-a-3 of CCP *does not specify* whether or not the jurisdiction referred to in this article is strict jurisdiction. It is necessary to consider that the jurisdiction referred to in the relevant article is not *mandatory jurisdiction*, because if it were mandatory jurisdiction, it should be clearly stated⁶². In *the absence of mandatory jurisdiction, the objection of jurisdiction shall be made as a first objection* (CCP, art. 116). The fact that *a preliminary (first) objection to jurisdiction* has been filed in accordance with the procedure and that the court has rejected this objection and continued to hear the case is *an absolute reason for appeal*⁶³. In this case, the regional court of justice shall annul the decision of the court of first instance and decide to send the file to the court of first instance.

In the event that the court of first instance has heard the case *despite not having jurisdiction or competence*, it is controversial whether *the file* should be sent to *the court of first instance* that rendered the decision or to *the court that has jurisdiction or competence*. Some opinions in the doctrine argue that pursuant to the article 353/1-a of CCP, the regional court of first instance should annul the decision of the court of first instance and the file should be sent to the court that rendered the decision, *i.e. the court without jurisdiction or competence*⁶⁴. Thus, the provisions of *the article 20 of CCP* will be applicable. According to another opinion in the doctrine, which we also agree with, the regional court of first instance should annul the decision of the court of first instance and send the file to *the competent or authorized court*, because the provision of the article 353/1-a of CCP also states this⁶⁵. If the regional court of justice acts according to this opinion, it will both fulfill *the letter of the law* and comply with *the principle of procedural economy*.

⁶¹ Pekcantez, Atalay and Özekes, p. 72.

⁶² Karaaslan, HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme, p. 227.

⁶³ Karaaslan, HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme, p. 228.

⁶⁴ Budak and Karaaslan, p. 426, Özekes, Pekcantez Usûl, p. 2272.

⁶⁵ Taşpolat Tuğsavul, p. 335.

4. Existence of Violation of Other Litigation Conditions

The article 353/1-a-4 of CCP uses the expression “*existence of violation of other litigation conditions (the conditions of the lawsuit)*” as one of the situations in which the regional court of justice will decide *without a hearing*. Compared to *the previous regulation*⁶⁶, this expression is *general and ambiguous*⁶⁷. *The conditions of action* are listed in the article 114 of CCP, and while some of these conditions of action can be fulfilled *later*, others must be present *from the beginning*. In other words, it is not possible to complete some of the conditions of action later. It is considered that *the legal interest* must exist at the time the lawsuit is filed and cannot be completed later. This situation will cause the regional court of justice to send the file to the court of first instance and the court of first instance to *dismiss the case on procedural grounds*⁶⁸.

Since *some of the conditions of the lawsuit* can be completed later, it is necessary to address *how the regional court of justice should act*. In the event that *the conditions of action* such as *the capacity to sue, security, advance payment of expenses* are missing during the proceedings at the first instance court and this situation *is subsequently completed*, the regional court of justice should annul the decision and send the file to the first instance court⁶⁹. According to this opinion, which we also agree with, *what the regional court of justice should do* is to examine and decide on *the merits of the file*⁷⁰.

5. The Court Has Decided to Regard the Case or Counterclaim Unfiled or Has Decided the Consolidation or the Separation of Cases in Violation of Procedure

If the court of first instance has decided to *deem the lawsuit or counterclaim as not filed* in violation of procedure, it will have made this decision *without going into the merits of the file*. In this case, the regional

⁶⁶ Code of Civil Procedure No. 1086 (*Repealed*), O.G. Date: 02, 03, 04/07/1927, Number: 622, 623, 624.

⁶⁷ Karaaslan, HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme, p. 237.

⁶⁸ For *the condition of existence of legal benefit* in terms of *the indefinite receivable lawsuit*, see Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz and Hanağası, p. 299.

⁶⁹ Karaaslan, HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme, p. 233.

⁷⁰ Karaaslan, HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme, p. 233.

court of justice should decide to send the file back to the court of first instance *for retrial*⁷¹.

The court of first instance may decide on *the consolidation or separation of the cases within the conditions in the law*, but if it makes this decision *in violation of the procedure*, this situation *should be taken into consideration* by the court of first instance. The decision of the court of first instance, which has decided to consolidate or separate the cases in violation of the procedure, should be annulled the decision and the file should be sent to the court of first instance.

6. Failure of the Court to Collect or Evaluate Evidence Significant Enough to Be Effective in the Resolution of the Dispute or Failure to Decide on a Significant Part of the Request

The right to be heard, which is *one of the principles governing civil procedure law*, requires *the right to be informed about the proceedings, the right to explanation and proof, and the court's decision to be concrete and reasoned*⁷². If the court of first instance *has not collected or evaluated important evidence* that may be effective in the resolution of the dispute, it means that *the right to explanation and proof*, which is one of the elements of the right to be heard, has been violated⁷³. In the event that the file comes to the regional court of justice after such a trial, it is controversial *how to proceed in the appeal examination*. According to one opinion, if the court of first instance has not acted properly in the collection or evaluation of evidence, the regional court of justice should decide on the merits of the matter, *that is*, it should not send the file back to the court of first instance⁷⁴. In *some decisions of the*

⁷¹ Akkaya, p. 199.

⁷² Pekcanitez, Atalay and Özekes, p. 196.

⁷³ Hakan Pekcanitez, "Hukukî Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Publications, pp. 753-791, İzmir, 2000, p. 777; Muhammet Özekes, Medeni Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Yetkin Publications, Ankara, 2003, p. 324; Akkaya, p. 202.

⁷⁴ Haluk Konuralp, "Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl", İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı, 07-08 March 2003, Türkiye Barolar Birliği Publications, pp. 247-265, Ankara, 2004, p. 259 et al.; Taşpolat Tuğsavul, p. 336.

*Court of Cassation*⁷⁵, it has been stated that if the evidence has been collected, even if it is incomplete, the deficiencies should be eliminated by the regional court of justice without sending the file to the court of first instance⁷⁶. It is thought that sending the file to the court of first instance; where the evidence has been collected and examined although *incompletely*; will cause *expenses and waste of time*⁷⁷. We cannot agree with this opinion; because *the narrow appeal system* has been accepted in Turkish law and it would be appropriate to carry out *the collection or evaluation of evidence* by the court of first instance⁷⁸. For this reason, in our opinion, it would be more appropriate for the regional court of justice to annul the decision of the court of first instance and decide to send the file to the court of first instance if important evidence that may be

⁷⁵ “‘*Incomplete collection of evidence*’ is not among the reasons for repatriation listed in the Law. There is ‘not collecting any of the evidence and not evaluating the evidence shown’. In the decision given by the regional court of justice, it was also indicated that the child of cognitive age should be heard in person, however, it was decided to send the file to the first instance court for the collection of missing evidence. As explained above, since the evidence presented by the parties was collected by the first instance court, it is not right to decide to send the file to the first instance court for the completion of missing issues in accordance with Article 353/1-a-6 of the Code of Civil Procedure, and when Articles 353, 354 and 373 of the Code of Civil Procedure are considered, it is understood that the decision given by the regional court of justice is not appropriate in the light of the regulation in the law. When the above-mentioned provisions are evaluated, it is understood that the missing evidence should be collected by the regional court of justice. In that case, while the regional court of justice should have taken the opinion of the child of cognitive age and evaluated it together with all the evidence and made a decision according to the result, giving the decision in written form was not correct and it required a reversal.” The decision of the 2nd Civil Chambers of the Court Of Cassation, T. 06.03.2019, E. 2017/5065, K. 2019/2249 (<https://www.lexpera.com.tr>, Access Date: 03.12.2023). Again see the decision of the 2nd Civil Chambers of the Court Of Cassation, T. 4.12.2017, E. 2017/5594, K. 2017/13799 (Görgün, Börü and Kodakoğlu, p. 673, footnote 39).

⁷⁶ Cenk Akil, “Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, No: 38, pp. 1-18, April 2019, p. 7; Görgün, Börü and Kodakoğlu, p. 673.

⁷⁷ Akkaya, p. 203.

⁷⁸ Karaaslan, HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme, p. 235.

effective in the resolution of the dispute *has not been collected or evaluated*⁷⁹.

The fact that the court of first instance *has not decided on a significant part of what is requested by filing a lawsuit* is also one of the cases to be decided by the regional court of justice *without a hearing*. In this case, the court of first instance will annul the decision of the court of first instance and send the file to the court of first instance.

IV. CONCLUSION

In the appeal remedy, both legal and substantive review is carried out. The fact that there is not a regional court of justice in every province obliges to resort to *rogatory system*. Again, due to the lack of a regional court of justice in every province and the workload that may occur in the regional courts of appeal, the decision to refer to the court of first instance, which is actually exceptional, may be frequently applied. This may cause the appeal remedy not to function properly.

The appeal examination will be carried out in a manner that will adhere to the grounds of appeal and requests stated by the parties in *their petitions*. For this reason, the parties should prepare their petitions of appeal carefully. Only in matters of public order, the appeal examination will be conducted *ex officio*, i.e. independently of the reasons and requests put forward by the parties.

⁷⁹ “*The case was filed based on Articles 166/end and 166/1 of the Turkish Civil Code, and none of the evidence was evaluated in terms of the plaintiff’s lawsuit based on the legal reason of the shaking of the marriage union from its foundations. Article 353/1-a-6 of the Code of Civil Procedure stipulates that in cases where the court has made a decision without collecting any of the evidence presented by the parties regarding the merits of the case or without evaluating the evidence presented at all, the regional court of justice will definitely decide to overturn the decision without examining the merits and to send the file to the first instance court for a the case to be retried. According to Article 353/1-a-6 of the Code of Civil Procedure, the decisions given by the regional court of justice are final. For this reason, it was necessary to decide to reject the defendant woman’s appeal petition.*” The decision of the 2nd Civil Chambers of the Court Of Cassation, T. 16.01.2020, E. 2019/6654, K. 2020/305, (<https://kazanci.com.tr>, Access Date: 03.12.2023).

The appeal review is conducted in *two stages*. There will be a preliminary examination stage and at this stage, it will be decided whether the regional court of justice will conduct the actual examination with or without a hearing. However, the cases where the appeal examination will be conducted *without a hearing* as required by law are listed in *six subparagraphs in the article 353/1-a of CCP*. This article has been amended over time, but it still contains *some problems* in its final form.

The regional court of justice will *annul the decision of the court of first instance* in the cases as specified in the article 353/1-a of CCP and which will be decided without a hearing. Thereupon, the file will be sent either *to the court of first instance that rendered the decision* or *to another court of first instance within the jurisdictional circle of the regional court of justice*. Although this is the regulation of the law, the regional court of justice's decision to *send the case to another court of first instance* should be *an exceptional remedy, just like in German law*. In this way, the appeal review, which is an ordinary remedy, *will become more meaningful* because it is a system where both legal and substantive review can be carried out.

In particular, the *general and ambiguous* expression of “*violation of other conditions of action*” in the article 353/1-a-4 of CCP *complicates the work of the regional court of justice*. It would be more appropriate to *clearly specify which litigation conditions are meant in the article*.

Again, based on the discussions *on how the court of first instance will proceed in the event that “the court has not collected or evaluated important evidence that may be effective in the resolution of the dispute or has not ruled on a significant part of the claim”* as stated in the article 353/1-a-6 of CCP, our conclusion is that the regional court of justice *should not act like the court of first instance*. Although the regional courts of appeal conduct both legal and substantive review, in our opinion, it should be *the job of the court of first instance to collect or evaluate evidence*.

REFERENCES

- AKİL Cenk, “Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-A-6 Üzerine Değerlendirme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, No: 38, pp. 1-18, April 2019.
- AKİL Cenk, “Katılma Yoluyla İstinaf (HMK m. 348) Üzerine Kısa Bir Not”, Yargıtay Dergisi, Vol: 44, No: 1, pp. 61-86, January 2018 (Katılma Yoluyla İstinaf).
- AKKAYA Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Yetkin Printing Publishing Distribution, Ankara, 2009.
- AKTEPE ARTIK Sezin, “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Vol: 30, No: 134, pp. 257-292, January 2018.
- ALANGOYA H. Yavuz, M. Kâmil YILDIRIM and Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medenî Usul Hukuku Esasları, Beta Printing Publishing Distribution Inc., 8th Edition, İstanbul, September 2011.
- ARSLAN Ramazan, Ejder YILMAZ, Sema TAŞPINAR AYVAZ and Emel HANAĞASI, Medenî Usul Hukuku, Yetkin Publications, 7th Edition, Ankara, October 2021.
- ATALI Murat, “Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması İlkesi ve İstinaf İncelemesinin Sebebe Bağlılığı”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Vol: Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, No: 2002/2, pp. 733-752, 2022.
- ATALI Murat, İbrahim Ermenek and Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Publications, 4th Edition, Ankara, October 2021.
- BUDAK Ali Cem and Varol KARAASLAN, Medenî Usul Hukuku, Filiz Bookstore, 5th Edition, İstanbul, September 2021.
- DEREN-YILDIRIM Nevhis, “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı, 07-08 March 2003, Türkiye Barolar Birliği Publications, pp. 267-284, Ankara, 2004.
- GÖRGÜN Şanal, Levent BÖRÜ and Mehmet KODAKOĞLU, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Publications, 10th Edition, Ankara, October 2021.

Derya BULUTTEKİN

KARAASLAN Varol, “HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol: 22, No: 37, pp. 219-239, 2017.

KARAASLAN Varol, “Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış”, Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi, Vol: 15, No: 43, pp. 441-466, 2019.

KAZANCI Hukuk, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr>.

KONURALP Haluk, “Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl”, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı, 07-08 March 2003, Türkiye Barolar Birliği Publications, pp. 247-265, Ankara, 2004.

KONURALP Haluk, “İstinafta Kamu Düzeni Kavramı”, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, 19-20 October 2007, İzmir/Çeşme, Türkiye Barolar Birliği Publications, pp. 133-150, Ankara, 2008.

KURU Baki and Burak AYDIN, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Yetkin Publications, 5th Edition, January 2021.

KURU Baki, Nizasız Kaza, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Publications, Ankara, 1961.

LEXPORA Hukuk Bilgi Sistemi: Mevzuat, İçtihat, Literatür & Örnekler, <https://www.lexpera.com.tr>.

MERAKLI YAYLA Deniz, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Publications, Ankara, 2014.

MERİÇ Nedim, HMK ve İİK’da Yer Alan Parasal Sınırlar, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (<https://legalbank.net>, Access Date: 03.04.2024).

MUSIELAK Hans-Joachim and Wolfgang VOIT, ZPO Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 21. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2024 (Musielak/Voit/Ball ZPO §..., Rn. ...).

ÖZEKES Muhammet, “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi

- Özellikle İstinaf”, Legal Hukuk Dergisi, No: 23, pp. 3103-3116, November 2004 (Kanun Yolu İncelemesi Özellikle İstinaf).
- ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, Alfa Printing Publishing Distribution, İstanbul, 1995.
- ÖZEKES Muhammet, Medeni Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Yetkin Publications, Ankara, 2003 (Hukukî Dinlenilme Hakkı).
- ÖZEKES Muhammet, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III, Ed: Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz, On İki Levha Publishing, 15th Edition, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
- ÖZEKES Muhammet, Sorularla Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, İstinaf ve Temyiz, Türkiye Barolar Birliği Publications, Ankara, 2008.
- PEKCANITEZ Hakan and Nedim MERİÇ, Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale, On İki Levha Publishing, İstanbul, 2020.
- PEKCANITEZ Hakan, “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Publications, pp. 753-791, İzmir, 2000.
- PEKCANITEZ Hakan, “İdari Yargıda Fer’i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir Mi? (Karar Tahlili)”, Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Publications, pp. 591-601, İzmir, 2001 (İdari Yargıda Fer’i Müdahil).
- PEKCANITEZ Hakan, Oğuz ATALAY and Muhammet ÖZEKES, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Publishing, 9th Edition, İstanbul, September 2021.
- RAUSCHER Thomas and Wolfgang KRÜGER, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, ZPO: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, 6. Auflage, §§355-945b, Verlag C.H.Beck, München, 2020 (MüKoZPO/... ZPO § ... Rn. ...).
- ROSENBERG Leo, Karl Heinz SCHWAB and Peter GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010 (Rosenberg/Schwab/Gottwald § ... Rn. ...).

- SAENGER Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung: Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht, NomosHandkommentar, 10. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2023 (Hk-ZPO/... §... Rn. ...).
- ŞAHİN Çağatay Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Vol: 21, pp. 2659-2701, 2019.
- TABAK Onur, “HMK m. 353/1-a Uyarınca Verilen Kararların Kesinliği Meselesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol: 9, No: 1, pp. 155-168, January 2023.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Vol: 30, No: 134, pp. 313-354, January 2018.
- THOMAS Heinz and Hans PUTZO, Zivilprozessordnung: FamFG, Verfahren in Familiensachen, GVG, Einföhrungsgesetze, EU-Zivilverfahrensrecht, Kommentar, 33. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2012 (... in Thomas/Putzo § ... Rn. ...).
- TÜRKİYE CUMHURİYETİ ADALET BAKANLIĞI, Bölge Adliye Mahkemeleri, <https://www.adalet.gov.tr/Birimler/BAM>, Access Date: 01.06.2024).
- ÜNAL KAYA Hilal, “Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı”, İstanbul Hukuk Mecmuası (İstanbul Law Review), Vol: 78, No: 4, pp. 1899-1919, 2020
- VORWERK Volkert and Christian WOLF, BeckOK ZPO, 53. Edition, Verlag C. H. Beck, München, 2024 (BeckOK ZPO/... ZPO § ... Rn. ...).
- WIECZOREK Bernhard and Rolf A. SCHÜTZE, Zivilprozessordnung und Nebengesetze (ZPO) Großkommentar: Band 7 §§ 511-591, 5. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2021 (Wieczorek/Schütze/... § ... ZPO Rn. ...).
- YILDIRIM Kamil, “İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri”, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arbuluculuk Kanun Tasarısı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs

The Situations to Be Decided Without a Hearing on Procedural Matters in the Appeal in
Turkish Civil Procedure Law

Hukukçuları Toplantısı VI, 19-20 October 2007, İzmir/Çeşme,
Türkiye Barolar Birliği Publications, pp. 89-131, Ankara, 2008.

YILMAZ Ejder, İstinaf, Yetkin Publications, Ankara, 2005.

TÜRK HUKUKUNDA SORUMLULUK SİGORTALARINDA RİZİKO VE RİZİKONUN GERÇEKLEŞME ANININ TESPİTİ

Yunus ALHAN*

ÖZ

Sigorta sözleşmeleri, esas itibariyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) "Sigorta Hukuku" kenar başlığını taşıyan Altıncı Kitabında, m. 1401 ilâ 1520 hükümlerinde düzenlenmiştir. İki kısımdan oluşan bu Kitabın "ikinci kısmın, birinci bölümünde "Zarar Sigortaları", ikinci bölümünde ise "Can Sigortaları" düzenlenmiştir. Birinci bölüm mal sigortalarına (m. 1453-1472) ve sorumluluk sigortalarına (m. 1473-1484) ilişkin hükümler içermekte iken; can sigortaları bölümünde, ise hayat sigortası (m. 1487-1506), kaza sigortası (m. 1507-1510) ile hastalık ve sağlık sigortasına (m. 1511-1520) ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Kanun koyucunun zarar sigortaları başlığı altında yer verdiği sorumluluk sigortaları üçüncü kişilerin sorumluluk hükümlerine dayanan tazminat talepleri sebebi ile sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelen yükleri ortadan kaldırmaya yönelik bir sigorta türüdür. Sorumluluk sigortaları diğer zarar sigortaları ile karşılaştırıldığında rizikonun gerçekleştiği ânın belirlenmesinin daha zor olduğu bir sigorta türüdür. TTK m. 1473/1 uyarınca sigortacı sorumluluk sigortası ile sözleşmede aksine hüküm yoksa sigortalının

* Arş. Gör. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: myunusalhan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-6145-2591.

Makalenin Gönderim Tarihi : 27.02.2024.

Makalenin Kabul Tarihi : 22.05.2024.

sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder. Anılan hükümden rizikonun sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflarca belirlenmesine izin verilmiş, böyle bir düzenlemeye gidilmediği takdirde rizikonun gerçekleşme anının belirlenmesinde uygulanacak esas öngörülmüştür. Türk sigortacılık uygulamasına bakıldığında ise rizikonun gerçekleşme anının genellikle Sigorta Genel Şartları (SGŞ) ile belirlendiği görülmektedir. İş bu makalede rizikonun gerçekleşme anına ilişkin teorilere yer verilerek TTK ve genel şartları haiz tüm SGŞ'lerde rizikonun gerçekleştiği an izah edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, sigorta genel şartlar, sorumluluk sigortaları, rizikonun gerçekleşme anı, rizikonun gerçekleşme anına ilişkin teoriler.

THE DETERMINATION OF THE RISK AND THE MOMENT OF OCCURRENCE OF THE RISK IN LIABILITY INSURANCES UNDER TURKISH LAW

ABSTRACT

Insurance contracts are mainly regulated in the Sixth Book of the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC), which is subtitled “Insurance Law”, under Articles 1401 to 1520. The first chapter of the second part of this Book, which consists of two chapters, regulates “Damage Insurances” and the second chapter regulates “Life Insurances”. While the first part contains provisions on property insurances (Art. 1453-1472) and liability insurances (Art. 1473-1484), the life insurances chapter includes provisions on life insurance (Art. 1487-1506), accident insurance (Art. 1507-1510) and sickness and health insurance (Art. 1511-1520). Liability insurances, which are included by the legislator under the heading of loss insurances, are a type of insurance that aims to eliminate the burdens on the insured’s assets due to compensation claims of third parties based on liability provisions. Liability insurance is a type of insurance in which it is more difficult to determine the moment when the risk is realised when compared to other loss insurances. Pursuant to Article 1473/1 of the TCC, with liability insurance, the insurer pays compensation to the injured party up to the amount stipulated in the insurance contract, unless otherwise stipulated in the contract, due to the liability of the insured arising from an event stipulated in the contract and occurring within the insurance period, even if the damage occurs later. Pursuant to the aforementioned provision, the TCC permits the parties to the contract to determine the risk differently in accordance with the principle of

freedom of contract, and stipulates a principle to be applied if the risk is not determined in the contract. When the Turkish insurance practice is examined, it is seen that the moment of the occurrence of the risk is generally determined by the General Conditions of Insurance (GTC). In this article, the theories regarding the moment of the occurrence of the risk are given and the moment of the occurrence of the risk is tried to be explained in the TCC and all GTCs.

Keywords: Turkish Commercial Code, general terms and conditions of insurance, liability insurance, moment of risk, theories on moment of risk.

I. GİRİŞ

Riziko İtalyanca “*rischio*” kelimesinden gelen risk veya tehlike anlamında kullanılan bir kelimedir¹. Tehlike, büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek gerçekleşme olasılığı bulunan fakat istenmeyen durum olarak tanımlanmıştır. Ancak tehlike kavramı, Türkçe olmasına rağmen sigorta hukuku terminolojisinde kullanılmamaktadır. Bunun yerine riziko ifadesine yer verildiğini görmekteyiz. Tehlike kavramı, somut ve soyut anlamda tehlike olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Riziko soyut anlamda tehlike olarak değerlendirilebilir. Bu tehlikenin belli bir zaman ve mekân içerisinde gerçekleşmesi halinde ortaya somut anlamda bir tehlike ortaya çıkmaktadır².

Sigorta hukukunda gerçek kişilerin doğumlarından ölümüne kadar, tüzel kişilerin ise hukuk âleminde var oldukları andan sona ermelerine kadar hayatlarının her alanında var olan kimi zaman sonuçlarından korunabildikleri kimi zaman da etkisini azaltabildikleri, ancak varlığını hiçbir zaman ortadan kaldıramadıkları, gerçekleşme olasılığı bulunan ve gerçekleşmesi durumunda kendisine hukuki sonuçlar bağlanan belirsiz olaylara riziko³ denir⁴.

¹ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 25.12.2021)

² OMAĞ, Melih Kemal, Riziko Kavramı Açısından Kıdem Tazminatlarının İşverenlerce Sigorta Edilmesi Sorunu, Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (1975-2016) Makaleler ve Tebliğler, On İki Levha Yayınları, 1. Bası, Ağustos 2019, s. 4; KANER, İnci, Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Tehlike ile İlgili Görevleri, İHFM, Cilt: LIV, Yıl: 1994, s. 303-308.

³ Zarara uğrama tehlikesi olarak kabul edilen Fransızca’da risk, İtalyanca’da riziko, Alman hukukunda ‘*versicherungsfall*’ olarak adlandırılan sigorta hukuku bağlamında riziko olarak ifade ettiğimiz kavram sigortacılıkta kullanılan risk terimiyle eş anlamlıdır. Bkz. KARAMAN, Davut:

Sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin sorumluluğundan kaynaklanan ve miktarı belirsiz olan tazminatları ödemekten kurtulmak adına miktarı belirli olan sigorta primini ödeyerek, sigorta sözleşmesinin teminat sağladığı süreler içerisinde karşılaşılabileceği tazminat taleplerinin teminat altına alınmasını, sonradan ortaya çıkarak sigorta ettirenin mali yapısını sarsacak hatta ekonomik mahvına sebep olabilecek olaylardan sigorta ettireni korumayı amaçlayan bir sigortadır⁵. Sorumluluk sigortası bir zarar sigortasıdır⁶. Zarar sigortalarında rizikonun gerçekleşmesi ile

Sigortacılık, Sigorta ve Risk Kavramları, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.11; WİDİS, Alan, I., Insurance Materials on Fundamentals Principles, Legal Doctrines and Regulatory Acts, West Group, Minnesota 2001, s.3

⁴ Bir sigortalanmış olay, sigortalanmış hizmetin sağlanması ile bağlantılı oluşan zıya veya hasarı tazmin etmek için sigortalı kişinin yükümlüğüne yol açan, bu zararların tazmininin sigorta sözleşmesi, sigorta genel şartları gereği istisna edilmemesi şartıyla, sigorta bölgesi içinde sigorta sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönem esnasında meydana gelen umulmayan ve öngörülemeyen olay anlamına gelir. DOBBYN, John, F., Insurance Law in a Nutshell, Third Edition, West Publishnig Co, 1986, s.128; MOWBRAY, Albert, H./BLANCHARD, Ralph, H., Insurance Its Theory and Practice in the United States, Fifth Edition, Mc-Graw Hill Book Company, New York 1961, s.3-12; CAN, Mertol, Türk Özel Sigorta Hukuku, İmaj Yayınevi Ankara, 2018, s. 7; KUBİLAY, Huriye, Özel Sigorta Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2003, s.3; MEMİŞ, Tekin, Yangın Sigortasında Riziko, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.21; OMAĞ, Merih Kemal, Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 1985, s.9 -10; KENDER, Rayegan, Hususi Sigorta Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s.293; ÖZDAMAR, Mehmet, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.72; ÜNAN, Samim, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s.27; CEBE, Mehmet Sinan, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.33-34; KENDER, Rayegan, Sigorta Hukuku, Sigortacılık Seminerleri, Türk Sigorta Enstitüsü Yayınları No:1, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1975, s. 154; YAZICIOĞLU, Emine/ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra: Sigorta Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2021, s. 76.

⁵ MOWBRAY/BLANCHARD, s.174 -175. WİDİS, s.332,718, DOBBYN, s.43.

⁶ KENDER, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, s.228.

sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelen eksilme karşılanır⁷. Sorumluluk sigortasında da sigorta ettirenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelebilecek eksilmelerin karşılanması⁸ temel amaç olduğundan zarar sigortalılarına ilişkin hükümler kural olarak sorumluluk sigortalarında da uygulanır⁹. Sorumluluk sigortasında rizikonun gerçekleşmesi halinde bu rizikodan zarar gören üçüncü kişilerin gördükleri zararlar sigorta limiti dâhilinde karşılanır.

Sorumluluk sigortalarında riziko, sigorta ettirenin sorumlu olduğu hususlar nedeniyle, üçüncü kişilere tazminat ödemek zorunda kalması ve kalma olasılığının bulunmasıdır¹⁰. Bu sebeple sorumluluk sigortasında rizikodan bahsedebilmek için öncelikle sigorta ettirenin malvarlığının pasifinde bir artışın veya en azından böyle bir artış ihtimalinin ortaya çıkmış bulunması gereklidir¹¹. Buradan hareketle sorumluluk sigortalarında sigortacı zarar sigortalılarından farklı olarak, sigorta ettirenin malvarlığındaki pasifin artmasını önleyecek faaliyet içerisine girmelidir¹². Sorumluluk sigortasında, sigorta ettirenin, sözleşme ile yeri ve zamanı belirlenmiş sorumluluğu himaye altına alındığından bu sorumluluğun dışındaki nedenler riziko kapsamında kabul edilmezler¹³. Sorumluluk sigortasında riziko yer, zaman, konu, miktar bakımından belirli bir ve birden fazla sorumluluk sebebi ile sınırlandırılır¹⁴. Diğer bir deyişle, teminatın yer, zaman, konu ve miktar bakımından

⁷ ŞENOCAK, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s.18; ULAŞ, Işıl: Uygulamalı Zarar Sigortalı Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.650.

⁸ KENDER, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, s.229.

⁹ SCHMİDT, Otto, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, s.33.

¹⁰ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.30.

¹¹ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.27; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, Sigorta Hukuku, s. 77.

¹² Bu sigortalarda sigorta ettiren, üçüncü kişinin haksız veya aşırı tazminat talebiyle karşı karşıya kalabilir. Bu durumda sigortacı, üçüncü kişilerin haksız taleplerini bertaraf etmek yükümlülüğü altındadır. Bkz. ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.25; ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.30.

¹³ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.27.

¹⁴ Sigortacının sözleşmeye konu koruma borcu, poliçede yazılı zaman periyodunda, belirlenmiş coğrafi alanda ve öngörölmüş teminat limitleri dâhilinde, tespit edilen riziko çerçevesinde geçerlidir. Bkz. ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.28.

sınırlandırılması rizikonun gerçekleşmesiyle başlamaktadır¹⁵. Bu sebeple, rizikonun gerçekleşme anı sorumluluk sigortaları açısından önemlidir¹⁶.

Sorumluluk sigortasının önemli bir konusu da sigorta kapsamının zaman aralığının belirlenmesidir: Bu kapsam poliçe sahibinin sorumluluğunu ortaya çıkaran (görevler veya) eylemlere mi bağlıdır, ya da açıkça ortaya konan eylemlerin sebep olduğu sonuçlara mı, poliçe sahibine karşı zarar gören kişinin ortaya koyduğu bir iddiaya mı, sigortacı aleyhine poliçe sahibinin bir iddiasının bildirilmesine mi? Bu zaman aralığı arasında uzun süreçler geçebilir. Özellikle asbest vakaların gösterdiği gibi, 1950’li ve 1960’lı yıllarda asbest maddesine maruz kalmış işçilerin uğradığı zarar, ancak 15-20 yıl sonra gün ışığına çıktı ve işçilerin bu talepte bulunduğu işverenlerin 20 yıl önceki sorumluluk sigortacılarına başvurmasına neden oldu. Bu yüzden sigortacının sorumluluklarının zaman aralığı sigorta poliçesinin son derece önemli bir parçası olabilir ve rizikonun başlangıcı ve sona ermesine bağlı olarak çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Bu süreci belirleyen sözleşme şartları genellikle rizikonun başlangıcı olarak kabul edilebilir¹⁷. Sorumluluk

¹⁵ Rizikonun gerçekleşmesiyle sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü, sigorta ettirenin zararı önleyici ve artmasını engelleyici tedbirleri alma yükümlülüğü başladığından ve sorumluluğu doğuran eylemin/olayın gerçekleşmesinden, zarar görene tazminat ödenmesine kadar, üçüncü kişide zararın meydana gelmesi, onun tarafından tazminat talebinin ileri sürülmesi gibi çok sayıda olayların birbirini takip etmesi şeklinde gerçekleştiğinden, rizikonun hangi anda ve hangi koşulda ortaya çıktığını saptamak oldukça önem arz etmektedir. Bkz. ÜNAN, Samim, Türk Ticaret Kanunu Taslağı’nın Sigorta Hukuku Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuku Dergisi, Sayı: Özel Sayı, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Yıl: 2005, s.159.

¹⁶ YONGALIK, Aynur, Çevre Sorumluluk Sigortası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998, s.184; Rizikonun gerçekleştiği zamanın tespiti ayrıca zamanaşımı süresi, geçmişe etkili sigorta yapılabilmesi, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesinden sonraki bildirim yükümlülüğünün başlayacağı an vb. konularda da önem arz eder. Bkz. YAZICIOĞLU, Emine, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, Sigorta Hukuku Sempozyumları, Samim Ünan/Emine Yazıcıoğlu (Ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 424.

¹⁷ CİCİM, Uluğ İlknur/ALHAN, Yunus, Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukukunda Uzmanlar Grubunun Final Raporu, Bölüm V: Mali Sorumluluk Sigortası, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, Yıl: 2016, s.261.

sigortalarında, rizikonun gerçekleşme anı aynı zamanda, sözleşmenin dayandığı esası belirlediğinden, rizikonun gerçekleşme anını düzenleyen esaslara yer verilmesi gerekmektedir. Rizikonun gerçekleşme anına ilişkin olarak farklı nitelikle esaslar olmasının temel sebebi ortada bir sözleşme olmasından bahisle tarafların iradesinin temel alınması gerektiği bu nedenle sözleşmenin tarafları olan sigortacı ile sigorta ettiren arasında bir denge sağlanması çabasıdır. Sorumluluk sigortalarında rizikonun nitelik ve özelliklerine göre farklılık gösteren, bu sebeple birinin diğerinden daha öncelikli olduğunu söylememize imkân olmayan sebep olayı teorisi¹⁸, tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisi, zarar olayı teorisi, zararın tespiti teorisi, zararın mahkeme önünde veya dışında yapılan işlemlerle kesin olarak tespiti teorisi, kombinasyon teorisi ve süreklilik gösteren olay teorisi kavramları karşımıza çıkmaktadır¹⁹. TTK ise bu konuda emredici olmamakla birlikte 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (E-TTK) yer alan ve E-TTK m. 1264/4 hükmü gereği sigorta ettirenin aleyhine değiştirilemeyen emredici olan düzenlemede benimsenen talep ve talebin kesinleşmesi²⁰ esasından ayrılarak olay

¹⁸ Olay esası, sorumluluk sigortalarında daha önce ortaya çıkmış bir kavramdır ve günümüzde daha yaygın olarak kullanılmaktadır. Bkz. CLARKE, Malcolm, Alistair, The Law of Insurance Contracts, 6th edition, Informa Law from Routledge, United Kingdom, 2009, s.509. Nitekim Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri'nin de, sigorta sözleşmesinde belirlenmiş olan rizikonun gerçekleşmesi "sigortalanmış olay (insured event)" olarak ifade edilmiştir. Bkz. ÜNAN, Samim/ATAMER, Kerim, Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri, Sigorta Hukuku Türk Derneği İstanbul 2011 s.15; SCHMİDT, s.33

¹⁹ TAŞDELEN, Nihat, Mali Mesuliyet Sigortalarında Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde İhbar Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan SBArD, Sayı:6 Yıl:2015, s.478 vd.

²⁰ E-TTK Madde 1292 – "Sigorta ettiren kimse sigortanın taalluk ettiği rizikonun gerçekleştiğini haber aldığı tarihten itibaren beş gün içinde sigortacıya haber vermeye mecburdur. Bu müddet, üçüncü şahsın sigortaliya karşı dava açması halinde sigortacıya sigortalının müdafaasına yardım etmeye mecbur tutan mesuliyet sigortalarında sigortalının tebligat üzerine davayı öğrendiği, sigortalının üçüncü kişiye vereceği tazminatın sigortacı tarafından ödenmesine ait mesuliyet sigortalarında ise hakkındaki mahkeme kararının kesinleştiğini sigortalının öğrendiği veya dava olmaksızın yahut dava neticesi beklenmeksizin üçüncü şahsa sigortalının para ödemiş olması halinde parayı ödemiş olduğu tarihten başlar. Birden çok sigortalarda, sigorta ettiren kimse birinci fıkrada muayyen müddet içinde sigortalılardan her birine gerek hasar keyfiyetini ve gerekse aynı

esasını kabul etmiştir²¹. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1473 hükmü de “*sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu*” ifadesiyle bu esasını benimsediğini ikrar etmiştir²².

Ancak aynı kanun m. 1473’ün gerekçesinde tarafların rizikoyu belirleyebilmelerinin mümkün olduğunu da belirterek mehz aldığı Alman Hukuku’nda kabul edilen yaygın riziko esasına da yer vermiştir²³.

Çalışmada sorumluluk sigortasında riziko kavramı ve gerçekleştiği an konusundaki görüşler ele alınacak, rizikonun gerçekleşme anına ilişkin TTK’da ve Türk hukukundaki genel şartları

menfaat hakkında yaptığı sigorta mukavelelerini bildirmeye mecburdur. Sigorta ettiren kimse kasten yukarıki fıkralar gereğince ihbarda bulunmamış ise sigorta haklarını zayi eder. Sigorta ettiren kimsenin kusuru halinde, kusurun ağırlığına göre sigortacının ödemekle mükellef olduğu bedel indirilebilir. Görüldüğü üzere E-TTK ’da, sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleşme anının genel bir hüküm ile değil, uygulamada ortaya çıkabilecek hallere ilişkin seçenekler halinde düzenlenmiştir. Sigortacının hukuki himaye borcunun olmadığı sorumluluk sigortalarında talep görüşünün benimsendiğini görmekteyiz. Ancak burada talep görüşünün tam olarak benimsendiğini söyleyemeyiz. Zira hükme göre yalnızca “dava yoluyla” ileri sürülen talepler riziko niteliğindedir. Ayrıca sigorta ettirenin dava açılmasını beklemeden üçüncü şahsa para ödemiş olması durumunda riziko bu anda gerçekleşmiş sayılır. Sigortacının hukuki himaye borcunun olmadığı sorumluluk sigortaları bakımından ise talebin kesinleşmesi görüşü benimsenmiştir”. Ayrıca bkz. ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko,55-62.

²¹ TTK Madde 1473/1- “*Sigortacı sorumluluk sigortası ile sözleşmede aksine hüküm yoksa sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder. Bu hüküm açıkça olay esasının benimsendiğini ifade etmektedir.*”

²² YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 429-433.

²³ Kanun, zorunlu bir hüküm öngörmemektedir. "Sigorta süresi boyunca meydana gelen olguyu" tanımlamak sigorta genel şartlarındaki hüküm ve koşullara bırakılmıştır. Bkz. LANGHEİD/RİXECKER in LANGHEİD, Theo/RİXECKER, Roland/GAL, Jens/GROTE, Joachim/MUSCHNER Jens, Versicherungsvertragsgesetz, 6.Auflage, C.H. Beck OHG, München 2019, Knr. 63, 64.

haiz sorumluluk sigortalarında benimsenen esas izah edilmeye çalışılacaktır. Bazı sorumluluk sigortası genel şartlarında rizikonun gerçekleşme anı belirlenmemişken; bazı sorumluluk sigortası genel şartlarında ise TTK. m.1473/1'den farklı bir yöntem belirlenmiştir. Bundan dolayı, TTK.m.1473/1'in, sigorta genel şartları karşısındaki niteliğinin açıklanması zaruridir²⁴.

II. RİZİKO KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

Sigorta hukukunda riziko, sigorta ettirenin iradesine bağlı olmayan, genel olarak ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan; fakat ileride gerçekleşme olasılığı bulunan ve zararlı bir sonuç doğurabilecek olan olaylara denir²⁵.

Zaman içerisindeki nitelik ve nicelik olarak oldukça artan riziko kişilerin tek başına önlem alabilecekleri noktanın ötesine geçmiş, bu durumda sigorta kavramının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır²⁶. Sigortacı ile akdetmiş olduğu sigorta sözleşmesi sayesinde sigorta ettiren olup olmayacağı belirsiz olaydan korunmaktadır²⁷.

²⁴ YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 424.

²⁵ KENDER, Sigorta Hukuku, s. 154, YAZICIOĞLU/ ŞEKER ÖĞÜZ, Sigorta Hukuku, s. 76, OMAĞ, Riziko Kavramı, s.4, ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s. 27.

²⁶ OMAĞ, Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, s.3; ARSEVEN, Haydar, Sigorta Hukuku, Ana Prensipler, Genel Hükümler Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1987, s.3; KUBİLAY, Özel Sigorta Hukuku, s.11.

²⁷ Riziko belirsiz olmalıdır. Bu açıdan tarafların bilgisine, yani olayın öznel olarak belirsiz olup olmadığına dayanır; objektif olarak belirli olaylar - özellikle geçmişe etkili sigorta durumunda taraflar rizikodan habersizse böyle bir riziko sigortalanabilir niteliktedir. Bkz. RÜFFER, Wilfried/HALBACH, Dirk/SCHİMİKOWSKİ, Peter, Münchener Kommentar Zum VVG (Versicherungsvertragsgesetz) 4. Auflage, C.H. Beck OHG, München 2020. Knr.62. Mahkemeler de bu tür bir görüş benimsemişlerdir. "Scottish Amicable Securities Assn Ltd ve Northern Assurance Co" davasında 'sigortası parasının olması belirsiz bir olay olduğunda ödeneceği' hükmedilmiştir. Bkz. YAZICIOĞLU, Emine, Tekne Sigortası Sözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s.122.

Riziko olarak adlandırdığımız bu olay tesadüfi ve beklenmedik bir olay olmalıdır²⁸. Bu belirsiz ve tesadüfîlik rizikonun ne zaman gerçekleşeceğinin belirli olmaması ve ortaya çıkışının sigorta sözleşmesi taraflarının herhangi birinin iradesine bağlı olmaması durumudur²⁹. Eğer bir sigorta sözleşmesinde, böyle bir tesadüfîlik unsuru yoksa diğer bir ifadeyle rizikonun gerçekleşmesi noktasında bir belirsizlik yok ise, bu durum sigorta sözleşmesinin kesin olarak hükümsüz olmasını gerektirir³⁰. Sigorta sözleşmesi süresince rizikonun belirsiz ve tesadüfi olması gerekmektedir³¹. Geçerli bir sigorta sözleşmesinden bahsedebilmek için, rizikonun sözleşme süresi içerisinde kesin olarak gerçekleşmesi gerekmeyip, sözleşme kurulduğu anda ve sözleşme süresi içerisinde³² var olması yeterlidir³³. Bu durumun istinası, bazı durumlarda sigorta sözleşmesi akdedildiğinde rizikonun gerçekleşmesine rağmen sigorta ettireni sigorta himayesinden mahrum bırakmamak için geliştirilen TTK'nın ilgili hükümleri uyarınca cevaz verilen geçmişe etkili sigortadır³⁴. Eğer sigorta sözleşmesi, maddi başlangıç zamanının, şekli

²⁸ MOWBRAY/BLANCHARD, s.6-7

²⁹ RÜFFER/HALBACH/SCHİMİKOWSKI, Knr. 10; ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko s. 24.

³⁰ MOWBRAY/BLANCHARD, s.8-9; ARSEVEN, s.21.

³¹ Bu durum bizi sigorta sözleşmesinin şarta bağlı bir sözleşme olduğu sonucuna götürmemelidir. Şarta bağlı borçlarda koşul, hukuki işlemin hukuki etkisinin bağlandığı olgudur. Koşul gerçekleşmeden hukuki etki görülmez. Sigorta sözleşmelerinde ise sözleşme ile himaye altına alınan rizikonun gerçekleşmesi, sigortacının o ana kadar üstlendiği rizikoyu taşıma yükümlülüğünü sigorta bedeli ödeme yükümlülüğüne dönüştürür. Bkz. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.476 vd.

³² TTK Madde 1422/1- “*Sigortacının sorumluluğu başlamadan, sigorta ettirenin, sigortalının ve can sigortalarında ayrıca lehtarın, fiilleri ve etkileri olmaksızın rizikonun gerçekleşmesi imkânsızlaşmışsa, sigortacı prime hak kazanamaz.*”

³³ ÖĞÜZ, ŞEKER, Zehra, Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2001, s.30.

³⁴ TTK Madde 1458/1- “*Sigorta, sigorta koruması sözleşmenin yapılmasından önceki bir tarihten itibaren sağlanacak şekilde yapılabilir. Ancak, rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkmış olduğu, sözleşmenin yapılması sırasında, sigortacı ile sigorta ettiren ve sigortadan haberi olmak şartıyla, sigortalı tarafından biliniyorsa sözleşme geçersizdir. Rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığından sigorta ettiren veya sigortalı tarafından bilinip*

başlangıç zamanından önceki bir tarihten itibaren başlayacak şekilde akdedilirse diğer bir deyişle sigorta sözleşmesinin tarafları sözleşme akdedilmeden önceki bir tarihi sigortacının sorumluluğunun ve dolayısıyla sigorta korumasının başlangıcı olarak kararlaştırmışlarsa, bu tür durumlarda gerçek anlamda³⁵ geçmişe etkili sigorta söz konusu olacaktır³⁶. Bu sigortanın ortaya çıkmasındaki sebep kanuna karşı bir hile yapılması değildir. Kaldı ki böyle bir husus hem Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 2 hem de TTK m. 1458 anlamında müeyyideye tabidir. Bu sigortanın ortaya çıkmasındaki sebep TTK m. 1458 hükmü ışığında sigorta ettireni korumak amacıyla, sigorta sözleşmesinin yapılmasına yönelik öneri ile kabul arasındaki süreyi sigortalamaktır³⁷.

TTK uyarınca bir olayın riziko olarak kabul edilebilmesi için iktisadi nitelikte olması lazım gelmektedir³⁸. Bu durum esasında sigortacıların taleplerinin sigorta hukukunda yanıt bulmasının tezahürüdür. Nitekim sigortacılar, sigortacılık teknikleriyle gerçekleşme ihtimalini hesaplayamadıkları olayları teminat altına almak istememektedirler³⁹. Ancak bütün iktisadi olayların riziko kapsamında değerlendirilmesi de mümkün değildir. Bunun için yukarıda belirttiğimiz beklenmedik olma, tesadüfîlik ve hukuka uygun olma koşullarının da varlığı gerekmektedir⁴⁰.

sigortacı tarafından bilinmediği durumlarda, sigortacı sözleşme ile bağlı olmamakla birlikte, ödenmesi gereken primin tamamına hak kazanır.”

³⁵ Gerçek olmayan geçmişe etkili sigortada sigorta koruması, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesine ilişkin talepte bulunduğu tarih ile sigortanın şekli başlangıç zamanı arasında sağlanır. Bkz. ŞENOCAK, Kemal, Geçici Sigorta Himayesi, BATİDER, Cilt: XXII, S:1, Yıl: 2003, s. 61.

³⁶ ŞENOCAK, Geçici Sigorta Himayesi, s.60.

³⁷ LANGHEİD Theo/WANDT Manfred, Münchener Kommentar zum VVG 2 Auflage, Verlag C.H. Beck München, München 2017, Knr. 1.

³⁸ Sigortanın amacı, riziko sonucu meydana gelen maddi zararın karşılanması olduğundan, rizikonun maddi bir nitelik taşıması gerekmekte olup, iktisadi sonuçları olmayan olayların riziko kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bkz. MOWBRAY/BLANCHARD s.10; CAN, Türk Özel Sigorta Hukuku, s.8; KUBİLAY, Özel Sigorta Hukuku, s.51; NOMER, Cahit/YUNAK, Hüseyin, Sigortanın Genel Prensipleri 1.Baskı, Ceyma Matbaacılık, İstanbul 2000, s.12.

³⁹ NOMER/YUNAK, s.13.

⁴⁰ CAN, Türk Özel Sigorta Hukuku, s.9.

İktisadilik özelliği taşıyan rizikolar, tabiattan kaynaklan ve kişilerden kaynaklanan rizikolar olarak iki temel grupta incelenebilir. Tabiattan kaynaklanan rizikolar doğal afet olarak kabul ettiğimiz tabiatın dört temel unsuru olan su, ateş, hava ve topraktan kaynaklanan olaylardır⁴¹. Kişilerden kaynaklanan rizikolar kişileri irade dışı davranışları sebebiyle ortaya çıkan rizikolardır⁴². Nitekim hukuk düzeni insanların bilerek ve isteyerek neden olduğu olayları riziko olarak kabul etmez ve bu olaylara sigorta hukuku anlamında rizikonun hukuki sonuçları bağlanmaz⁴³. Bunun yanı sıra kişilerin işlemiş oldukları suçlar, akde aykırı hareketler ve suç sayılmayan haksız fiiller ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan taşıma hukukundaki tehlikeler gibi olaylar, bu kişilerin işlemiş oldukları fiillerden ve bu teknolojinin ortaya çıkardığı etkilerden zarar gören kişileri korumak amacıyla riziko olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Buradan hareketle kişilerin malvarlığındaki aktiflerin azalmasına ve pasiflerin artmasına ya da kişilerin hayatlarının sona ermesi vücut ve ruh sağlığı ve bütünlüğünün bozulmasına neden olan rizikoların geniş bir alana yayıldığı ve sınırlandırılması gerektiği aşikârdır⁴⁵. Kaldı ki; sigorta sözleşmesi uyarınca sigortacının tüm rizikoları karşılaması beklenemez, böyle bir yükün altına girerse bu sigortacının ekonomik mahvına ve sigortanın işlevsiz kalmasına yol açar. Anglo-Saxon hukukundan hukukumuzda sirayet eden, özellikle taşıma sigortalarında sıklıkla karşımıza çıkan rizikonun kapsamını genişletmeye yönelik “All- Risk Klozu” bile birtakım rizikoları himaye kapsamı

⁴¹ Yangın, fırtına, şimşek, yıldırım, sel, dolu, deprem, heyelan, erozyon, gibi doğa olayları bu kapsamda değerlendirilebilir bkz. MOWBRAY/BLANCHARD, s.14; CAN, Türk Özel Sigorta Hukuku, s.10.

⁴² Kişilerden kaynaklanan rizikolar ise ekonomik sonucu gelir kaybı olan ölüm, sürekli sakatlık, geçici sakatlık, işsizlik, emeklilik gibi rizikolar ve ekonomik zarar doğuran, hırsızlık, dolandırıcılık, kaza ve üçüncü şahıslara karşı sorumluluğu doğuran olaylar ve birçok iş riski de kişisel risk olarak kabul edildiğinden, deniz ve kara taşımalarından kaynaklanan rizikolar, ekinlere zarar veren don, dolu gibi olaylar, işçinin irtikâbı, sözleşmenin yerine getirilememesi, müşterinin ve yedieminlerin iflası ve grevler bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz. MOWBRAY/BLANCHARD, s.13-15

⁴³ ARSEVEN, s.21-22.

⁴⁴ CAN, Türk Özel Sigorta Hukuku, s.11.

⁴⁵ KENDER, Sigorta Hukuku, s.287.

dışında bırakıldığından⁴⁶ şüphesiz ki sorumluluk sigortalarında riziko sınırlandırılmalıdır⁴⁷.

Riziko, TTK m.1404⁴⁸ ve Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.27⁴⁹ uyarınca; meşru bir nitelik taşımalı, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir nitelik taşımamalıdır. Bu hükümlerin devamı niteliğinde olan TTK m.1429 hükmü uyarınca sigorta ettiren veya sigortalının kasıtları sonucu meydana gelmiş olaylar riziko niteliği taşımamaktadırlar. Kanun koyucu esasen burada riziko niteliğinde olmayan olayları da tanımlama gayretindedir. Bu sebeple gerçekleşeceği⁵⁰ veya gerçekleşmeyeceği kesin olaylar riziko kapsamında kabul edilmez. TTK m.1401 hükmünde riziko kişilerin parayla ölçülebilir menfaatlerini zarara uğratan her türlü olay olarak tanımlanmıştır⁵¹. TBK m.27 ve TTK m.1401 ve m.1404'ten hareketle riziko sigorta sözleşmesinin konusunu teşkil ettiği için mevcut olmaması veya gerekli nitelikleri taşımaması durumunda; sigorta sözleşmesi kesin olarak hükümsüzdür. Ancak rizikonun gerçekleşmesi zarar sigortalarında can

⁴⁶ KARAYALÇIN, Yaşar, Taşıma Sigortalarında “All Risks” (Bütün Riskler) Klozu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 26-27 Ocak Ankara 1984, s.216-221; ULAŞ, s. 46-48.

⁴⁷ YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 423-424.

⁴⁸ TTK Madde 1404/1- “*Sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fülinden doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla sigorta yapılamaz.*” Bu hüküm 6762 TTK 1277'nin devamı niteliğindedir

⁴⁹ TBK Madde 27- “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*”.

⁵⁰ Buradaki durum hayat sigortalarındaki ölüm rizikosu ile karıştırılmamalıdır. Normalde ölümün er ya da geç meydana geleceği kesindir ve bu nedenle sigorta edilmez. Ancak hayat sigortalarında, riziko, sigorta sözleşmesi süresi içinde belirli bir kişi itibarıyla ölüm olayının gerçekleşme ihtimalidir. Bkz. KAYIHAN, Şaban, Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.61.

⁵¹ LANGHEİD/RIXECKER, Knr. 56, 57.

sigortalarından farklı olarak⁵² sigortacın tazmin yükümlülüğü için yeterli olmayıp bir zararın ortaya çıkması ve bu zarar ile riziko arasında illiyet bağının kurulması gerekmektedir⁵³. İlliyet, sebep ile sonuç arasındaki korelasyon olarak rizikonun gerçekleşmesi ile zararın ortaya çıkıp çıkmadığının tespitinde temel unsurdur⁵⁴. Türk hukukunda TBK uyarınca kabul edilen illiyet bağı uygun illiyet bağıdır. Bundan kasıt; objektif olarak, hayatın olağan akışına ve söz konusu riziko ile ilgili genel tecrübelerle göre gerçekleşen türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli olan uygun sebeptir⁵⁵. Sigorta hukukunda da uygun illiyet bağı kabul edilmektedir⁵⁶.

⁵² Can sigortalarında rizikonun gerçekleşmesi sigortacının sorumluluğu için yeterli olup rizikonun ayrıca zarara sebebiyet vermesi gerekmemektedir. Başka bir deyişle; can sigortalarında ise böyle bir nedensellik gerekli değildir; teminat altına alınan rizikonun gerçekleşmesi sigortacının sorumluluğu için yeterlidir ve bu rizikonun ek olarak zarara sebebiyet vermesi gerekmemektedir. Bkz. ÖĞÜZ, ŞEKER, Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, s.212.

⁵³ SWİSHER, Emeric/NASH, Peter, Principles of Insurance Law Second Edititon, Matthew Bender, San Francisco 2000, s.419-420; TMK Madde 6 – “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Bu hükmüne binaen kim bir haktan yararlanıyorsa külfetine katlanması gerektiğinden, zararın gerçekleşen rizikodan kaynaklanmadığını ispat etme külfeti sigortacıya aittir.”

⁵⁴ DOBBYN, s.133-134; KENDER, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, s.322.

⁵⁵ SWİSHER/NASH, s.426-427; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.540 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.44 vd.

⁵⁶ Kara taşımalarında; uygun illiyet bağı kabul edildiği halde deniz taşımalarında uygun illiyet bağı ile sorumluluğun tespiti oldukça güç olduğundan, Anglo-saxon hukukun vasıtasıyla hukukumuza giren zararın meydana gelmesine neden olan, süre bakımından en yakın sebep değil, en etkili sebebi zararın sebebi olarak kabul eden etkin şart teorisi karşımıza çıkmaktadır. Etkin şart teorisi zararın ortaya çıkmasına neden olabilecek olaylar arasında bir zaman sıralaması yapmaz. Diğer bir deyişle öncelik sonralıktan ziyade, zararlar en yakın ilişkili olayın ne olduğu üzerinde yoğunlaşır. Bu teori uyarınca, zararın meydana gelmesinde hangi olay daha etkiliyse diğerlerinin önüne geçiyorsa zararın sebebi şeklinde değerlendirilir. Bkz. MOWBRAY/BLANCHARD, s.54-55, 159; SWİSHER/NASH, s.426; DUNT, John, International Cargo Insurance,

III. SORUMLULUK SİGORTALARINDA RİZİKONUN GERÇEKLEŞME ANI

A. Genel Olarak

Alman hukukunda sigorta mefhumunu düzenleyen Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (VersicherungsvertragsGesezts-VVG) § 25 hangi olgunun riziko oluşturduğunu belirtmemektedir. Bu durum sözleşmeden ve sigorta genel şartlarından anlaşılabilir. Alman Sigorta Genel Şartları (Allgemeine Versicherungsbedingungen-AVB) “zarar olayı” ve “kişisel yaralanma, eşya hasarı veya sonuç olarak ortaya çıkan finansal kayıpların doğrudan sonucu olan olay” olarak rizikoyu tanımlarken, Alman Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung-AHB) sigorta ettirene karşı sorumluluk talepleriyle sonuçlanabilecek “ihlal” üzerine odaklanmakta olup⁵⁷ her ikisine göre, riziko olası bir talepten önce gelen bir süreçtir⁵⁸.

Rizikoyu taşıma borcu, rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ya da ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan bir kavram olmasından dolayı varlığı rizikonun gerçekleşmesine bağlı olmayıp sigorta sözleşmesinin maddi ve şekli anlamda başlamasıyla⁵⁹ vücut bulan⁶⁰ riziko

-
- Informa, United Kingdom 2012, s.284; ÜLGNER, Fehmi, Deniz Sigortalarında Nedensellik ve Causa Proxima Kuralı, Der Yayınları, İstanbul 1994, s.68 vd.
- ⁵⁷ PRÖLSS, Jürgen/MARTİN, Anton, Versicherungsvertragsgesetz 31 Überarbeite Auflage, C.H. Beck, München 2021, Knr. 27.
- ⁵⁸ PRÖLSS/MARTİN, Knr. 25.
- ⁵⁹ Sigorta sözleşmesinin maddi anlamda başlangıcı sigortacının sorumluluğunun başladığı andır. Bkz. BOZER, Ali, Mal Sigortasında Akdin Yürürlük Tarihini ve Sigortacının Mes’uliyetinin Başlangıcını Tayin Eden Sigorta Mukavelesi Hükümleri, BATİDER, Cilt:1 Sayı:1, Yıl: 1961, s.225.
- ⁶⁰ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.25; CAN, Mertol, Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, İmaj Yayınevi, Ankara 2012, s.91.

gerçekleşmeden önce statik halde bulunan, soyut bir muhteva arz eden⁶¹ bir borçtur. Rizikonun gerçekleşmesiyle somut hale gelmektedir.

Alman hukukunda riziko ve gerçekleştiği an hususunda bir ya da birden fazla olguyu esas alan görüşler ileri sürülmüştür⁶². Rizikonun gerçekleştiği anı açıklayan bu görüşlerden sebep olayı teorisi, tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisi, zarar olayı teorisi, zararın tespiti teorisi, zararın mahkeme önünde veya dışında yapılan işlemlere kesin olarak tespiti teorisi, kombinasyon teorisi ve süreklilik gösteren olay teorisine yer vereceğiz⁶³.

B. Sebep Olayı Teorisi

Bu görüşe göre; riziko sonucu ortaya çıkan zararın karşılanabilmesi için rizikonun sözleşme süresi içerisinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁶⁴. Zarar elbette sigortacının tazminat ödeme borcunun doğması için gerekli bir unsurdur, ancak bu görüşe göre zararın ne zaman ortaya çıktığı değil zarara sebebiyet veren olayın ne zaman olduğu önem arz etmektedir⁶⁵. Sebep olayı teorisi, Almanya'daki birçok mesleki sorumluluk sigortası poliçesinin temelini oluşturmakta olup, sigortalı olay, (ilk) görev ihlali ile ortaya çıkmakta, sözleşmenin feshinden yıllar sonrasına kadar ortaya çıkmayabilecek veya keşfedilemeyecek olan, sözleşme süresi boyunca neden olunan zararlar için sigorta teminatı mevcut olduğundan sigortacı için de bu tür bir

⁶¹ ÖZDAMAR, Mehmet, Sigortacının Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt: II, Yıl: 2010, s.1679; KENDER, Hususi Sigorta Hukuku, s.311.

⁶² YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 424.

⁶³ ÜNAN, Samim, Türk Sigorta Hukuku Bakımından Sorumluluk Sigortalarının Değerlendirilmesi, Sorumluluk Sigortaları Semineri, 07.04.2006, Y. Temel Enderoğlu (der.), İktisadî Araştırmalar Vakfı, 2006/185, İstanbul 2006, s. 32, <https://docplayer.biz.tr/1144364-Sorumluluk-sigortaları.html> (Erişim Tarihi: 12.05.2020); ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, 78-79.

⁶⁴ SWİSHER/NASH, s.627; ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.28; ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.79; YONGALIK, s.187; YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 425; LANGHEİD/WANDT, Knr.8

⁶⁵ PRÖLSS/MARTİN, Knr. 28; LANGHEİD/WANDT, Knr.8.

sözleşme yapısı, önemli bir gecikmiş tazminat riski taşımaktadır⁶⁶. Sorumluluk sigortalarında önemli olan sorumluluğu doğuran olaydan dolayı sigorta ettirene yöneltilecek tazminat taleplerinde sigorta ettireni korumak olduğundan, rizikonun sonuçlarının sözleşme süresi içerisinde gerçekleşmesi aranmaz⁶⁷. Sigorta ettiren, zarar kararlaştırılan sigorta süresinin bitiminden sonra ortaya çıksa bile, sorumluluğa yol açan olayın sorumluluk süresi içinde meydana geldiği tüm durumlar için sigorta teminatı verilmesinde meşru bir menfaate sahiptir⁶⁸.

Sigortacıların, akdettikleri her sigorta sözleşmesi dolayısıyla sözleşme süresi içerisinde gerçekleşmiş riziko fakat ne zaman ortaya çıkacağı belirli olmayan bir zararın varlığı onları her daim sözleşme varmış gibi davranmaya itmektedir⁶⁹. Ayrıca sözleşmelerin ayakta tutulması ilkesinin sigorta hukukundaki görünümü olan geçmişe etkili sigorta ile bu görüş bağdaşmamaktadır⁷⁰. Çünkü; sorumluluğa sebebiyet veren davranış/olayın sigorta akdi öncesinde gerçekleşmesi; ancak zararın teminat süresi içinde meydana gelmesi halinde, sigorta ettiren sigorta himayesinden yararlanamayacaktır.⁷¹ Nitekim doktrinde de bu konuda görüş ayrılığı söz konusudur. Gerçekleşmesinden korkulan rizikonun ortaya çıkmasını sigortacının sorumluluğun doğması için yeterli kabul eden görüşlerin⁷² aksine, sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelebilecek muhtemel eksilme teminat altına alındığından, rizikonun meydana geldiği anda sigorta ettirenin malvarlığında bir eksilme olmadığından ve tazminat ödeyeceği belli olmadığından dolayı tazminat talep edilmeden önce sigortacının koruma

⁶⁶ LANGHEİD/RİXECKER, Knr. 59-61; Uygulamada, müteakip sorumluluk süresini sınırlayan düzenlemeler yaygındır. Örneğin, sözleşmenin feshinden sonraki beş yıla kadar bkz. RÜFFER/HALBACH/SCHİMİKOWSKI, Knr. 11

⁶⁷ Bu durum bizi geçmişe etkili sigorta kavramına götürmektedir. Zira orada riziko sözleşmeden önce gerçekleşmekte sorumluluk sigortalarında kabul edilen olay esasının dışına çıkmaktadır. Ancak bu durum Borçlar Hukuku uyarınca kabul sözleşmelerin ayakta tutulma ilkesinin sigorta hukukundaki bir yansıması olup istisnai niteliktedir. Bkz. CLARKE, s.317

⁶⁸ LANGHEİD/WANDT, Knr.8.

⁶⁹ YONGALIK, s.191.

⁷⁰ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası s.84-85.

⁷¹ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 84; YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 426.

⁷² KARAYALÇIN, Yaşar, Sorumluluk Sigortaları, SHD, Cilt: II, Sayı: 1-2, Yıl: 1984, s.21.

sağlama borcunun muaccel hale gelmesinin doğru olmadığını ve rizikonun gerçekleştiği anın belirlenmesi bakımından bu esasın kabul edilemeyeceğini belirten görüşler de vardır⁷³.

Sebeplere olayı teorisinde birden çok sorumluluğa yol açan davranışın farklı zamanlarda aynı zarara neden olması durumu veya olası sorumluluk sebeplerinin bir araya gelmesi ile zarar meydana geldiğinde veyahut kusursuz sorumluluk hallerinde rizikonun gerçekleştiği anın tespit edilmesi oldukça zordur⁷⁴. Böyle bir durumda, teminat süresi içinde sebep olayının gerçekleştiğini sigorta ettirenin ispat etmesi gerektiğinden sigorta ettirenin ispat yükünü hafifletmek adına rizikonun gerçekleştiği anın sigorta genel şartlarında belirtilmesi uygun olacaktır⁷⁵. Bununla birlikte sebep olayı teorisinin benimsendiği sigorta genel şartlarında olay kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıkça ifade eden bir düzenleme olmadığından, bu durumun açıklığa kavuşturulması için sigorta özel şartlarına gereken eklemeler yapılmalıdır⁷⁶.

C. Zarar Olayı Teorisi

Zarar olayı teorisi; rizikonun gerçekleşme anının zararın ortaya çıkma anı olarak kabul edildiği ancak bu zararın sigorta ettirenin malvarlığında bir kötüleşmenin meydana gelmesini ifade eden sigorta zararı değil, üçüncü kişinin eşya veya şahıs varlığının zarara uğramasını ifade eden üçüncü kişinin uğradığı zarar⁷⁷ olduğu görüşüne dayanan teoridir⁷⁸. Zarar olayı teorisinde, zararın sigorta sözleşmesi içerisinde

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. BOZER, Ali, Sigorta Hukuku Genel Hükümler Bazı Sigorta Türleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004, s.256.

⁷⁴ LANGHEID/WANDT, Knr.8.

⁷⁵ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 86; YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 426.

⁷⁶ YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 432.

⁷⁷ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.29; PRÖLSS/MARTİN, Knr. 2

⁷⁸ RÜFFER/HALBACH/SCHİMİKOWSKİ, Knr. 12, ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.29; ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.88; YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 426, YONGALIK, s. 191; Hayat dışı sigortalarda - özellikle de mal sigortalarında - "riziko" teriminin zararı içerip içermediği tartışmalıdır. Hâkim görüş, riziko ile arasında bir ayırım yapılması gerektiği yönündedir.

ortaya çıkması yeterli olup, zarara sebebiyet veren davranışın veya bu zarara ilişkin talebin ne zaman gerçekleştiği önem arz etmemektedir⁷⁹. Bu teoriye göre, riziko zararın ortaya çıktığı an gerçekleşmiş kabul edilir⁸⁰.

Sorumluluk sigortasında rizikonun tanımı özel hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Uygulamada yaygın olarak kullanılan tanımlar o kadar farklıdır ki kanun koyucu tek tip bir tanım yapmaktan kaçınmıştır. Bu durum özellikle zararın riziko kavramına dahil edilip

Reformdan önce, VVG § 1 (a.F.) ifadesi bunu haklı çıkarmak için kullanılabilir, buna göre sigortacı "sigorta ettirenin... Rizikonun meydana gelmesinden kaynaklanan maddi kaybını tazmin etmekle" yükümlüydü. Şimdi VVG § 1 ise sigortacının "kararlaştırılan rizikonun gerçekleşmesi üzerine" ödeme yapması gerektiğini belirtmektedir. Bu da "riziko" teriminin zarar da dâhil olmak üzere sigortacının ödeme yükümlülüğünün tüm koşullarını kapsadığını göstermektedir. Öte yandan, VVG § 82 riziko ile zarar arasında daha belirgin bir ayırım yapmaktadır. Ancak, zararın bağımsız bir özellik olarak mı yoksa rizikonun bir unsuru olarak mı değerlendirileceği belirsizliğini korumaktadır. Uyuşmazlık değerlendirilirken, sigorta genel şartlarına ve varsa özel şartlara da bakılmalıdır. Bunlar aynı zamanda zararın rizikonun bir unsuru olarak kabul edilip edilmeyeceğini de belirlemektedir. Dolayısıyla bu konuda tek tip bir çözüm mümkün değildir. Genel olarak, zararın rizikonun kavramsal olarak gerekli bir unsuru olmadığı söylenebilir. Yangın sigortasında, genellikle rizikonun gerçekleşmiş sayılması için sigortalı eşyada bir zarar meydana gelmesi gerekmektedir. Burada riziko "sigortalı eşyanın yangın, infilak veya yıldırım nedeniyle yok olması veya zarar görmesi" olarak tanımlanmaktadır. Diğer mal sigortaları için de benzer bir durum söz konusudur. Bkz. LANGHEİD/WANDT, s.32-34.

⁷⁹ LANGHEİD/WANDT, Knr.8; Diğer bir deyişle, sorumluluğa yol açan olay sigorta süresi içinde gerçekleşmiş olsa bile, zarar, sigorta süresinin bitiminden sonra ortaya çıkmışsa zarar teminat kapsamında sayılmayacaktır. Bkz. ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.89; YONGALIK, s. 191.

⁸⁰ BGH sigorta ettiren tarafından üretilen bir çim biçme makinesini alan kişinin makinenin koltuğunun yanlış takılıp kırılmasından dolayı sağ elini kaybetmesinden dolayı tazminat talebine ilişkin bir kararında zarar meydana geldiğinde sigorta ettiren ile sorumluluk sigortacısı arasında geçerli bir sigorta sözleşmesi olmadığından dolayı zarar görenin tazminat talebini reddetmiştir. BGH burada zarara sebep olan koltuğun yanlış bağlanmasını değil, doğrudan zararın meydana gelmesine yol açan koltuğun kırılması ve el kaybını dikkate almıştır. Bkz. LANGHEİD/RİXECKER, Knr. 58.

edilmediği konusunda geçerlidir. AHB Bölüm 1.1 rizikoyu, sigorta süresince meydana gelen ve bedensel yaralanma, eşya zararı veya bunlardan kaynaklanan mali kayıpla sonuçlanan zarar verici bir olay olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda, zarar olayı “üçüncü tarafa verilen zararın doğrudan sonucu olarak ortaya çıkan olay”dır. Dolayısıyla AHB’nin zarar olayı teorisini benimsediği söylenebilir⁸¹.

Doktrinde, zarar esasının kabul edildiği sigortalarda, sorumluluğa sebep olan davranışın sigorta sözleşmesi öncesinde diğer bir deyişle, maddi himaye süresi başlamadan önce ortaya çıkması durumunda, zarar maddi süre içinde meydana gelmişse, riziko o anda gerçekleşmiş sayılacağından sigortacının sigorta ettirene geçmişe etkili olarak sigorta himayesi sağlayacağından bahisle faydalı olduğunu ve sigortacıların sigorta süresi bitiminden sonra ortaya çıkacak zararlar için ihtiyat ayırmak zorunda kalmadığını ifade eden görüşler mevcuttur⁸². Bunun yanı sıra geçmişi himaye etme fonksiyonunun sigortayı sigorta ettirenin suiistimaline açık hale getirdiği⁸³, her ne kadar bu durumun sözleşmenin kurulması esnasındaki ihbar yükümlülüğünü düzenleyen hükümlerle giderilebileceği düşünülse de burada ispat yükü sigortacıya ait olduğundan bu hususun uygulanabilir olmadığını belirten görüşler mevcuttur⁸⁴.

Zararın ne zaman gerçekleştiğinin tespitinin her zaman mümkün olmamasından⁸⁵ dolayı zarar esasının uygulanabilir olmadığını belirten

⁸¹ LANGHEİD/WANDT, s.35.

⁸² ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.89.

⁸³ Sorumluluğunu gerektiren bir davranış işlediğinin farkında olan kimseler, bu davranış neticesinde ileride karşılaşacakları tazminat taleplerinden kurtulmak amacıyla derhal sorumluluk sigortası yaptırma yoluna gidebilirler.

⁸⁴ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.92.

⁸⁵ “*Diethylstibesterol (DES) olayı incelenecek olursa, hamile kadınlara önerilen bir östrojen hormonu türü olan DES, 1950-1970 yılları arasında Amerika’da yaygın bir şekilde kullanılmıştır. Önceleri ilacı kullanan annelerin çocukları sağlıklı bir yaşam sürmüşken, yirmi yıl sonra bu çocuklardan bir kısmı rahim kanserine yakalanmıştır. Bu olayda zararın anne tarafından ilacın alındığı tarihte mi, yoksa hastalığın belirdiği tarihte mi meydana gelmiş sayılacağı önemli bir sorundur*”. Bkz. ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.29; Zararın ortaya çıktığı an ile ilgili uluslararası bağlamda farklı yaklaşımlar mevcuttur. Zarar esasında riziko genelde “zararın gerçekleşmeye başlaması” olarak

görüşler de mevcuttur⁸⁶. Zarar olayının, sebep olayına göre tespiti daha kolay olduğu ileri sürülmüştür. Ancak bu durum her somut olay için geçerli değildir. Çünkü zararlı davranışın veya olayın gizli ve tedricen meydana geldiği durumlarda zararın tarihini tam ve doğru bir şekilde tespit etmek oldukça güçtür⁸⁷.

Zararın meydana geldiği anda sigorta ettirene bir tazminat talebi ileri sürme hakkının doğduğu muhakkaktır. Bu talebin sigorta ettirenin ihmali, eksik hukuki bilgi ve tecrübesi, zararı vereni tespit edememesi vb. sebeplerle sigortacıya yöneltilemeyip sigorta süresinin sona ermesi

değerlendirilmektedir. Amerikan Hukukunda somut olay önem arz etmekle birlikte zararın ilk belirtisinin ortaya çıktığı an görüşü önem kazanmaktadır. İngiliz Hukukunda da zarar olayının tespitinde somut olay kavramı önem arz ettiğinden bu durum değişkenlik göstermekle birlikte İngiliz Hukuku en ufak bir zarar belirtisini zararın tespit edildiği ilk an injury infact olarak değerlendirmekte ve zarar olayını buna göre tespit etmektedir. Ünán burada zararın belirgin hale geldiği veya zarardan kurtulma imkânının kalmadığı an değil, zarara maruz kalan şeyin zarar verici bütün unsurlar tarafından kuşatıldığı ve bu unsurlar tarafından değiştirilmeye başlandığı anın temel olarak alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.30. Ayrıca birden çok zarar söz konusu ise son zarar esas alınır. Bkz. RÜFFER/HALBACH/SCHİMİKOWSKİ, Knr. 12

⁸⁶ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.93

⁸⁷ “Örneğin; bir kimyasal madde deposunda doldurma- boşaltma işlemleri yapılırken yere dökülen kimyasal madde karışımı sular, toprağa sızarak ilk önce yer altı sularına oradan da su dağıtım şebekesine ulaşmıştır. İşte bu olayda, sigorta himayesinin zaman yönünden sınırını yani zarar olayının gerçekleşme anının belirlenmesi zordur. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; zararlı maddelerin toprağa ve yer altı sularına sızdığı her münferit hadise zarar olayı olarak nitelendirilmelidir. Buna karşılık, zararlı maddelerin devamlı olarak toprağa veya yer altı sularına karışması sürecinin bütünü, zarar olayı olarak nitelendirilemez. Sigortacının edim yükümlülüğünün doğabilmesi için zarar olaylarından birinin sigortanın maddi himaye süresine tesadüf etmesi yeterlidir. O halde, söz konusu görüşe nazaran, sigorta ettirenin kirlenen su kaynağının temizlenmesine ilişkin harcamaları, sigorta himayesinin başlamasından önceki zamana rastlayan zarar olaylarından ileri geldiğinde dahi, sigorta himayesinden yararlanabilecektir. Zira sigorta süresinin başlamasından evvel gerçekleşen münferit zarar olayları ile sigorta ilişkisinin mer’i olduğu zaman aralığında hâsıl olan zarar olayları, hep birlikte zarara sebebiyet vermiştir.” Bkz. ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 93

halinde zarar olayı teorisi uyarınca sigortacının sigorta himayesi sağlama borcu sona erecektir⁸⁸. Mesleki sorumluluk sigortası yaptırmış bir doktorun mesleği bırakıp emekli olmadan önce, hatalı bir kısırlaştırma operasyonu yaptığı ve doktorun emekliye ayrılmasından sonra kısırlaştırma operasyonu yapılan hastanın çocuğunun döllendiği durumda; zarar olayı teorisine göre zarar sigorta süresi içinde ortaya çıkmadığından mesleki sorumluluk sigortası yaptırmış doktora karşı bir tazminat talebi ileri sürüldüğünde sigortacının edim yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır⁸⁹. Sigorta sözleşmesinin sona ermesinin ardından zarar ortaya çıkmışsa, sorumluluğu doğuran davranış veya olay sigorta süresi içinde gerçekleşmiş olsa bile sigorta ettiren sigorta himayesini elde edemez. Bu durumun önüne ilave (sonraki) sorumluluk sigortası ile geçilebilecek, bu sayede sigorta ettiren sigorta himayesine kavuşabilecektir⁹⁰.

Zarar olayı teorisine getirilebilecek bir diğer eleştiri de sigortacının sigorta ettirene yönelik hukuksal koruma teminatı sağlama yükümlülüğünün bulunduğu sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleşme anının belirlenmesi noktasındaki zorluktur⁹¹. Sorumluluk sigortalarında sigortacının koruma sağlama yükümlülüğü yalnızca haklı talepler için ödemede bulunmakla sınırlı olmayıp; ayrıca sigorta ettirene yönelik haksız taleplere karşı da onu savunmayı da kapsamaktadır⁹². Hem zarar olayı hem de sebep olayı teorisinde haksız taleplere ilişkin olarak rizikonun gerçekleştiği anın belirlenmesi de önem arz eder. Sigorta süresi içinde sebep olayı teorisinde haksız talepler için sigorta ettirenin sorumluluğunu doğurabilecek bir davranışta veya olayda bulunduğu iddiasının ileri sürüldüğü an ve zarar olayı teorisinde zararın gerçekleştiğinin iddia edildiği an rizikonun gerçekleştiği an olarak kabul edilmelidir⁹³.

⁸⁸ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 95.

⁸⁹ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 96.

⁹⁰ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 96; YONGALIK, s. 193.

⁹¹ YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 427.

⁹² ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s. 25, ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 97; KENDER, RAYEGAN, Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III. Sigorta Semineri, Ankara 1977, s. 5.

⁹³ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 98; YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 427.

D. Zararın İlk Tespiti Teorisi

Bu teorinin uygulama alanı daha çok çevre sorumluluk sigortalarında karşımıza çıkar. Alman Çevre Sorumluluk Sigortasında, zaman bakımından sigorta olayı sınırlandırması ile keşif ilkesine atıf yapılmıştır. Bu teoriye göre rizikonun gerçekleştiği an zararın ilk kez tespit edildiği andır⁹⁴.

Bu teorinin olumsuz yönü zararın ilk tespitinin hayli zor olmasıdır. Bu özellikle çevresel zararlar söz konusu olduğunda karşımıza çıkmaktadır. Çoğu durumda, kirliliğin başlangıcını saptamak mümkün değildir⁹⁵. Bu teoride zarar olayı teorisinin aksine, zararın ortaya çıkmasından ziyade tespitinin yapılması önem arz eder. Zararın ortaya çıkması, zararın tespit edilmesinden yıllar önce olabilir; bu durumda zararı zamanında tespit etmek ve buna bağlı olarak talebi doğru poliçe döneminde tahsis etmek bile imkânsız olabilir.

E. Tazminat Talebinin İleri Sürülmesi Teorisi

Tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisi sebep olayı teorisinin aksine, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleşme anını değil, zarar gören üçüncü kişinin sigorta ettirene talepte bulunduğu anı rizikonun gerçekleşme anı olarak kabul etmekte ve bu anın sigorta sözleşmesi süresi içerisinde olmasını aramaktadır⁹⁶.

⁹⁴ SCHREİNER, Vincent, German National Report: World Congress of the International Law Association (AIDA) 2018, “Pollution Insurance—Methods, Coverage and Beneficiaries Under German Policies”, Springer-Verlag GmbH Germany, Part of Springer Nature, 2020, s. 75. (ss. 65-79) (<https://link.springer.com/>) (Erişim Tarihi: 15.08.2023); Zarar tespiti teorisine göre, geçerli sigorta süresi içinde doğrudan zarar gören, sigorta ettiren veya üçüncü kişi tarafından “sonradan kontrol edilebilir” zararın ilk olarak tespit edildiği an sigorta olayının (rizikonun) gerçekleştiği kabul edilir. Bu teori zarar görenin zararının keşfi rizikosunun sigortalanması neticesinde doktrinde bir diğer adı “Keşif Teorisi” olarak da anılmaktadır. Bkz. ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 99, YONGALIK, s. 199.

⁹⁵ SCHREİNER, s.75.

⁹⁶ SWİSHER/NASH, s.627; ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 95; YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 427.

Tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisinde, zarara sebebiyet veren olay ve zararın gerçekleşme anı önemli olmayıp zarar sigortalarının bir türü olan sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenin malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesi talebe bağlı olduğundan ve bu talep zararı ortaya çıkaracak bir unsur olarak malvarlığının pasifin artmasını tetiklediğinden talebin yapıldığı an önem arz etmektedir⁹⁷.

Tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisinde sebep olayı teorisine nazaran talebin yapıldığı anın tespiti zorluk arz etmediğinden rizikonun gerçekleşme anının tespiti daha kolaydır. Sebep olayı teorisinde zarar görenin tazminat talebinde bulunup bulunmayacağı belirsiz iken⁹⁸, talep teorisinde zarar görenin tazminat talebinde bulunması tüm hukuki yollara başvuracağının açık bir göstergesidir⁹⁹. Bununla birlikte talebin ne zaman ve nasıl yapılmış sayılacağına ilişkin belirsizlik bu görüşe yöneltilebilecek en önemli eleştiridir¹⁰⁰. Nitekim sebep olayı teorisinde olduğu gibi tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisinde de doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur. Tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisinde doktrinde birçok açıdan eleştirilmektedir.

Tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisinde sorumluluğuna yol açacak bir davranışın veya üçüncü şahıs nezdinde zararın gerçekleştiğini fark eden sigorta ettirenin, tazminat talebi ileri sürülmeden önce, durumu sigortacıya bildirmeden sorumluluk sigortası yaptırma yoluna gitmesine cevaz vermektedir. Tazminat talebinde bulunduğu an riziko gerçekleşmiş sayılacağı için, sigorta himayesinde sigorta ettireni hakız bir şekilde faydalandırabilecektir. Bu teori sigorta kurumunu sigorta ettirenin suistimaline açık hale getirmektedir. Elbette sigortacı bunu engellemek sözleşme öncesi bildirim görevinin ihlaline başvurabilecektir. Ancak bu kapsamda sigortacıya sağlanan koruma sınırlı olduğundan sigorta ettirenin, zarara sebep olan davranışı neticesinde meydana gelebilecek tüm unsurları bilmesinin mümkün olmadığı göz ardı edilmemelidir. Özellikle sorumluluğa yol açan davranışın sigorta ettiren tarafından kasten gerçekleştirildiği durumda, sigortacının daha sonra rizikonun kasti

⁹⁷ YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 427; RÜFFER/HALBACH/SCHİMİKOWSKİ, Knr. 13

⁹⁸ YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 427.

⁹⁹ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s. 31

¹⁰⁰ SOPACI ÖZTUNA, Birgül, Yönetici Sorumluluk Sigortası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.231 ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.103.

olarak gerçekleştirildiğini ileri sürüp süremeyeceği konusu belirsizlik taşımaktadır¹⁰¹. Sigortacının ihbar ve koruma önlemleri alma yükümlülüğünün rizikonun gerçekleşmesiyle başladığı düşünüldüğünde tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisi uyarınca riziko talep anında gerçekleşeceği için, genellikle zarar çoktan meydana gelmiş olacağından hem koruma yükümlülüğü hem de ihbar yükümlülüğü uygulanabilir olmayabilir¹⁰². Bu sebeple ek hükümler getirilmeden talep esasının tek başına uygulanamayacağı¹⁰³ ifade edilmiştir¹⁰⁴.

¹⁰¹ LANGHEİD/RİXECKER, Knr. 65; Sigorta ettirenin tazminat talebinin ileri sürülmesine kasten sebep olması halinde sigorta ettirenin rizikoyu kasten gerçekleştirmiş olduğu kabul edilecektir. Ancak zarara kasti bir davranışla sebep olunmasına rağmen tazminat talebinin ileri sürülmesine kasten sebep olunmadıysa yani kasit yalnızca zarar bakımından mevcut ise rizikonun kasti olarak gerçekleştirildiği söylenemeyecektir. Bununla birlikte daha sağlıklı sonuçlara varmak için her somut olay için ayrı değerlendirme yapmak gerekir bkz. ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.45.

¹⁰² LANGHEİD/RİXECKER, Knr. 66; Zira bu durumda taleple birlikte riziko gerçekleşmiş olacağı için, önlem alınmasını gerektiren bir durum olmayacaktır. Yine aynı şekilde riziko talep anında gerçekleşeceğinden sigortacıya önceden riziko bildirimini yapılamayacaktır. Oysa ihbar yükümlülüğü ile güdülen amaç, üçüncü kişinin uğradığı zararın kapsamını, miktarını, şahitlerin kimler olduğunu ve diğer delillerin nelerden ibaret olduğunu en kısa zamanda öğrenip sigorta ettirenin sorumluluğunun olup olmadığını tespit etmektir. Ancak talep görüşünü esas alan sigortalarda ihbar yükümlülüğü yerine getirilemediği için sigortacı bu imkândan yararlanamamaktadır. Bkz. ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.46.

¹⁰³ Geçmişe dönük eylemlere/olaylara ve ileride yapılacak talep ve bildirimlere teminat sağlanmasının talep prensibinin olumsuz sonuçlarını önemli ölçüde azalttığı kabul edilmekle birlikte talep esaslı sigortalarda, genellikle, gerçekleşen ve ileride tazminat talebi ile sonuçlanabilecek (riziko doğurabilecek) bir olayın sigortacıya bildirilmesi de şart koşulmaktadır. İngiltere’de, bu durumda, henüz sigorta ettiren/sigortalıya talep yapılmamış olsa bile, belirli bir süre içinde yapılmak kaydıyla, tazminat talebi ile sonuçlanabilecek olayın sigortacıya bildirilmesi, talep olarak kabul edilmektedir. Türk Hukuku’nda da bunun kabul edilebilmesi için sözleşmede şart olması gerekmektedir. Böylece, sigorta ettiren/sigortalıya, poliçe bitiminden itibaren belirlenmiş bir süre sonra yapılan talepler için de teminat sağlanmış olmaktadır. Bkz. ÜNAN, Samim, Sorumluluk Sigortalılarına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof.Dr.Merih Kemal Omağ’a Saygı

Bunun yanı sıra, sorumluluk sigortasının bir zarar sigortası olduğunu ve bu zararın, sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelecek eksilme olarak ifade edildiği, sigortacının ediminin, sigorta ettireni, zarar gören şahsın tazminat talebinden kurtarmak olduğunu, dolayısıyla sorumluluk sigortasında rizikonun, zarar gören üçüncü kişinin tazminat talebinde bulunmasıyla gerçekleşeceğini, rizikonun gerçekleştiği anın tayin edilebilmesi bakımından sigortacıya doğrudan doğruya müracaat hakkı tanıyan sigortalarla diğer sorumluluk sigortalarının ikili bir ayrıma tabi tutulması gerektiğini¹⁰⁵ ifade eden görüşler de mevcuttur¹⁰⁶.

F. Tazminat Talebinin Kesinleşmesi Teorisi

Tazminat talebinin kesinleşmesi teorisine göre; riziko zarara yol açan olayın ortaya çıkması veya zarara maruz kalan üçüncü şahsın talebini yöneltmesi anında değil, sigorta ettirene karşı ileri sürülen tazminat talebinin ödemeye neticeleneceğinin kesinleşmesi anında gerçekleşecektir¹⁰⁷. Diğer bir deyişle talebin kesinleşmesi teorisinde, sigorta ettiren/sigortalının tazminat ödeme yükümlülüğünün hukuken kesinleşmesiyle rizikonun gerçekleştiği kabul edilmektedir¹⁰⁸. Tazminat talebinin ödemeye sonuçlanacağıının kesinleşmesi anına borcun ikrar edilmesi, tazminat davasının hükme bağlanması, tahkim kararı, arabuluculuk, uzlaştırma veya sulh anlaşması yapılması halleri örnek olarak verilebilir.

Günü olarak yapılan Sorumluluk Sigortaları: İlkeler ve Sorunlar Sempozyumu'na Sunulan Bildiri, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayınları, İstanbul 2013, s.5.

¹⁰⁴ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.104; ÜNAN, Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Bazı Sorunlar, s.5.

¹⁰⁵ Rizikonun gerçekleştiği zaman kanunda açıkça hükme bağlanmaz ise, rizikonun meydana gelmesinden sonraki ihbar mükellefiyetinin başlangıç tarihi ve zamanasının başlangıcı, tüm sorumluluk sigortaları için geçerli olmak üzere genel hükümlere bağlanmalı; yalnızca doğrudan doğruya dava hakkının olup olmadığı yönünden sigortalar arasında ayırım yapılmalıdır. Bkz. BOZER, Sigorta Hukuku, s.256.

¹⁰⁶ ATABEK, Reşat, Sigorta Hukuku, Duygu Matbaası, İstanbul 1950 s.411-412.

¹⁰⁷ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s. 31

¹⁰⁸ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.110.

Tazminat talebinin kesinleşmesi teorisi, talebin kesinleşmesine dayanak teşkil eden hususların sigortacının aktif himaye sağlama ediminin muaccel hale gelmesi bakımından önem arz ettiği, bunların rizikonun gerçekleşmesi ile ilişkilendirilemeyeceği¹⁰⁹ ve sigorta ettirenin sorumluluğunun ortaya çıkmasında yer alan sorumluluğa sebep olan davranış, bu davranıştan kaynaklanan zarar ve zarar gören tarafından ileri sürülen tazminat talebi ve diğer aşamaları göz ardı etmesi¹¹⁰ sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir.

G. Kombinasyon Teorisi

Sigorta ettirene karşı ileri sürülen tazminat talebinin haklı veya haksız olmasına göre rizikonun gerçekleştiği an belirlenmiştir. Kombinasyon görüşünde talep haklı ise zarar esası; haksız ise talep esasına göre rizikonun gerçekleştiği kabul edilir. Bu teorinin olumsuz yönü ise, çoğu olayda mahkeme kararı sonucunda tazminat talebinin haklı veya haksız olduğunun tespit edilebilmesi için uzun ve belirsiz sürenin geçmesi gerekecektir¹¹¹.

H. Yaygın Riziko Teorisi (Süreklilik Gösteren Olay Teorisi)

Yaygın riziko teorisi, rizikoyu kesin bir şekilde tanımlamayıp, sigortayı tarafların karşılıklı çıkarlarını en iyi ve adil şekilde dengelemeyi sağlayan bir araç olarak görerek, tarafların ihtiyaçlarına göre farklı rizikoları kararlaştırmasına cevaz veren, olay esası ile talep esasının bir arada bulunabildiği rizikoyu, sorumluluğu doğuran davranışın, zararın ortaya çıktığı veya talebin yapıldığı ana yayan bir görüşür¹¹². Doktrinde,

¹⁰⁹ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.110.

¹¹⁰ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s. 33.

¹¹¹ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s. 31.

¹¹² VVG’de kabul edilen bu görüş, hukuki sorumluluğun niteliği, özellikleri ve kabul edilme nedenine ve tarafların menfaatlerine göre, riziko, sorumluluğa yol açan davranış ile talep süreci arasında; bu sürecin bir anında, bazen bir kısmında, bazen de tamamında meydana gelmiş kabul edilmektedir. Rizikonun gerçekleşmesini bir ana değil de bir sürece yayılmış olarak kabul eden yaygın riziko esasında, sorumluluk sigortalarının özelliğinden dolayı, riziko, çeşitli unsurlardan oluşan bir durumdur ve belirli bir zaman aralığında gerçekleşmektedir. Bu süreç, zarara yol açan davranışın gerçekleşmesi ile başlar, zarar gören tarafından sigorta ettirene tazminat

rizikonun bu denli geniş kapsamda ele alınmasının rizikonun sınırlandırılması gerekliliği prensibine aykırı olduğu bu sebeple bu esasın uygulanabilir olmadığı eğer uygulanacaksa, rizikonun, zararın gerçekleştiği, tazminatın talep edildiği veya tazminat talebinin kesinleştiği noktaları tek tek ele alıp değerlendirmek bu şekilde bir sonuca varmak gerekliliğini belirten görüşlerin¹¹³ yanı sıra, bu esasın sözleşmelerde taraf dengesini sağlayacağı bu sebeple taraflar açısından daha adil bir durum arz edeceğini belirten görüşler de mevcuttur¹¹⁴.

IV. TÜRK HUKUKUNDAKİ SORUMLULUK SİGORTASINA İLİŞKİN TÜRK TİCARET KANUNU VE GENEL ŞARTLARI HAİZ TÜM SORUMLULUK SİGORTALARINA GÖRE RİZİKONUN GERÇEKLEŞME ANI

A. Türk Ticaret Kanununda Rizikonun Gerçekleşme Anı

TTK, m.1473/ 1 hükmünde açıkça belirtildiği üzere: “..... zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle...” “sorumluluk sigortalarında rizikonun (sigorta olayının) gerçekleştiği anın tespitinde sebep olayını kabul etmiştir.

Sorumluluğu doğuran olaydan ne anlaşılması gerektiği hususunda kanunda herhangi bir açıklık yoktur. Sorumluluk sigortalarında, sorumluluğu doğuran olayın kaynağı akdi veya akit dışı sorumluluk olabilir. Sigorta ettirenin, hukuki sorumluluğunun sözleşme ile genişletilmesi halinde sigortacının edim yükümlülüğü yalnızca ilgili kanunun çizdiği sınırlar içindedir. Keza, bu durumlar çoğu zaman teminat dışında kalan haller olarak kabul edilir. TTK m.1473/1 hükmü lafzından anlaşıldığı üzere emredici değildir. Bu nedenle, olay esası yerine farklı

talebi yapılması ile sona erer. Bkz. ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.115; ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.36.

¹¹³ KARAYALÇIN, Yaşar, Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Güzel İstanbul Matbaası, İstanbul 1960, s.60.

¹¹⁴ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.48.

bir esasın hatta birden fazla esasın “karma “şekilde uygulanabilmesi de mümkündür.¹¹⁵

B. Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları’nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

5064 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK) m.11 uyarınca; “*sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir*”. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılıya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir. Buradan anladığımız üzere sigorta poliçesinde, sigorta branşının özelliklerine göre sigortalı ile sigortacının borç ve yükümlülüklerine, sağlanan teminat ve istisna edilen hususlar, hasar halinde izlenecek yol, tahkim gibi durumlara açıklık getiren ve ilgili bakanlıkça onaylanmış genel şartlar¹¹⁶ önemli bir yer oluşturmaktadır¹¹⁷. Taraflar irade serbestisi çerçevesinde o sigortayla ilgili bir genel şart veya özel şarta ihtiyaç duymaksızın sigorta sözleşmesi akdedebilirler. Ancak bir sigorta ile ilgili genel şartın olması o sigorta türünün genel hatlarının belirlenmesi tarafların bu hususu bilerek hukuki ilişkiye girmeleri açısından önemlidir. Genel Şartlar’ın poliçeye eklenmesi suretiyle sigorta sözleşmesi TTK’nın hükümlerine uygun olarak tamamlanmış olur. Özellikle TTK düzenlemeleri açısından birtakım ilave hükümlere muhtaç olan sorumluluk sigortalarında genel şartlarla bu eksikliğin giderebileceği

¹¹⁵ YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 433.

¹¹⁶ KENDER, Rayegan, Sigorta Mukavelesinin Akdedilmesi ve Şartları, I. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 6-7 Ocak 1984, s. 51; BAHTİYAR, Mehmet: Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırılması ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s.136.

¹¹⁷ Genel şartlar, ekonomik sebepler, sigorta ilişkisinin özelliğine bağlı sebepler sigorta ettirenin korunması ve aydınlatılmasına yönelik sebeplerden ötürü ilk olarak yangın sigortasında ortaya çıkmış ve yaygın hale gelmiştir. Bkz. BAHTİYAR, s.92; KENDER, Sigorta Mukavelesinin Akdedilmesi ve Şartları, s.51, 52; SİEG, Karl, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, Springer Gabler, Hamburg 1984, s.30-31.

söylenbilir¹¹⁸. Sorumluluk sigortalarının büyük bir çoğunluğu için genel şartlar söz konusu değildir. Bu nedenle ÜŞKMMMSGŞ çoğu sorumluluk sigortası açısından önem arz etmektedir¹¹⁹.

ÜŞKMMMSGŞ m.1¹²⁰ hükmüne baktığımızda; ilk cümlede sigorta süresi içerisinde gerçekleşen bir olay sonucunda şahsi veya eşyaya özgü bir zararın ortaya çıkması ifadesine yer verilmektedir. Bu ifadeye karşımıza değerlendirilmesi gereken olay esası ve zarar esası görüşleri çıkmaktadır. Olay esasında daha önce bahsettiğimiz üzere; riziko sigorta ettirenin sorumluluğu doğuracak bir sebebin ortaya çıkmasıyla gerçekleşmekte, bu sebeple olay esasına, sebep olayı teorisi de denmektedir¹²¹. Zarar esasında ise, rizikonun gerçekleşmesi, sigorta ettirenin sorumluluğunu doğuracak olay neticesinde zararın gerçekleşmesi ile ortaya çıkmakta bu sebeple sonuç olayı teorisi olarak adlandırılmaktadır¹²². Madde lafzından anlaşıldığı üzere, burada rizikonun gerçekleşmiş sayılması için sigorta ettireninin sorumluluğunu doğuran olay sonucunda ortaya bir zararın çıkması gerektiği belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrası ise sigorta ettirene yönelik haklı ve haksız taleplere karşı sigortanın sigorta ettireni koruyacağını ifade etmektedir¹²³. Bu ifade ise talep esasının bu sigorta için uygulanabilir olup olmadığı noktasında değerlendirme yapmaya yönelmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere; talep esasında rizikonun gerçekleşme anı, sigorta ettirene karşı tazminat talebinin ileri sürüldüğü andır¹²⁴. Talep esasında

¹¹⁸ MEMİŞ, Tekin, Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi, Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği (Sempozyum), 19-20 Kasım 2004, Ankara, s.125.

¹¹⁹ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.5.

¹²⁰ ÜŞKMMMSGŞ Madde 1- “İş bu poliçe sigortalıyı, sigortanın mer’iyet müddeti esnasında vukua gelecek bir hadise neticesinde, a) Üçüncü şahısların ölmesi, yaralanması veya sıhhatinin muhtel olması, b) Üçüncü şahıslara ait eşyalarda ziya ve hasar (maddi zarar ve ziyanlar) husule gelmesi sebebi ile, poliçede gösterilen sıfat, faaliyet ve hukuki münasebetlerinden dolayı, kendisine karşı, üçüncü şahıslar tarafından ileri sürülecek zarar ve ziyan taleplerinin neticelerine karşı, Türkiye Cumhuriyetinin hukuki mes’uliyete müteallik mevzuatı hükümleri dairesinde ve işbu poliçede tesbit olunan meblağlara kadar temin eder.”

¹²¹ YONGALIK, s.187.

¹²² YONGALIK, s.191.

¹²³ ÜŞKMMMSGŞ Madde 2- “İşbu poliçe, sigortalıyı haklı taleplere karşı olduğu gibi yersiz ve aşırı taleplere karşı da korur.”

¹²⁴ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.31

aslolan, sigorta ettirenin eşya varlığında eksilmeye sebebiyet verebilecek gerçek anlamda bir talebin ileri sürülmesi olup, sigorta ettireni bilgilendirmeye yönelik ya da sigortanın rutin işleyişi içerisinde ileri sürülen bilgi edinmeye yönelik talepler bu kapsamda değerlendirilmediğinden¹²⁵, 2. fıkradaki talebin ne tür bir talep olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Bununla birlikte madde lafzındaki haklı ve haksız talep ifadelerinden hareketle, burada gerçek ve gerçek olmayan talep olmak üzere iki talebin olduğunu görmekteyiz. 2. fıkra uyarınca sigortacı, aynı zamanda sigorta ettirene karşı ileri sürülen haksız taleplerin bertaraf edilmesine yönelik hukuki himaye edimini de üstlenmektedir. Haksız bir talepten kasıt, de sigorta ettiren tarafından herhangi bir zarara sebebiyet verilmediği halde ortaya çıkan taleptir. Dolayısıyla böyle bir durumda, riziko meydana gelmiş sayılmayacağından, sigortacının da tazminat ödeme borcu doğmaz. Alman Hukukunda böyle durumlarda iddia edilen fakat aslında gerçek olmayan olayın, zarar olayı olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹²⁶. Sigortalanan tehlike, iddia edilen, ancak gerçekte mevcut olmayan sorumluluk olarak belirlenmiş; sigorta ettiren gerçek olmayan bir sorumluluk iddiası ile karşılaştığında da tehlikenin gerçekleşmiş olduğu ifade edilmiştir¹²⁷. Bu sebeple haksız talepler noktasında zarar esası da uygulanabilir niteliktedir.

ÜŞKMMSGŞ'nda rizikonun gerçekleşme anını ifade ederken ÜŞKMMSGŞ m. 7. hükmünün¹²⁸ de yorumlanması gerekmektedir. Hasarın bildirilmesi kenar başlıklı söz konusu maddenin birinci fıkrasında bildirimim kime kaç gün içinde yapılacağı ifade edilirken, ikinci fıkrada ise bu bildirimim içeriğinin ne olması gerektiği ifade edilmiştir. 1. fıkrayı madde kenar başlığından müstesna olarak yorumlayacak olursak, bu hüküm sigorta ettirenin sorumluluğunu doğrulayacak davranışın meydana gelmesi durumunda, sigorta ettirene

¹²⁵ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.104.

¹²⁶ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.104.

¹²⁷ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s.98

¹²⁸ ÜŞKMMSGŞ Madde 7- *“İşbu mukavelemeye göre, sigortalının mali mes'uliyetini mucip olabilecek bir vakıanın hudusunda, sigortalı ıtıla tarihinden itibaren beş gün içinde sigortacıyı yazı ile haberdar etmekle mükelleftir. Bu ihbarın kazanın nerede, hangi tarih ve saatte, ne gibi sebeplerle ve hangi hal ve şartlar altında vukua geldiğine ve kazada ölen ve yaralananlara, zarar gören eşyalar ile bunların sahiplerine ve zamanın vüs'atine dair tafsilatlı ve doğru eşyaumatı ihtiva etmesi iktiza eder.”*

bildirim görevi yüklemiş, diğer bir deyişle rizikoyu sorumluluğu doğuran davranışın ortaya çıkması üzerine tesis edilen olay esasına dayandırmıştır¹²⁹. 2. fıkra ise, kaza sebebiyle hangi şahıs ve eşya zararlarının ortaya çıktığının bildirilmesi gerekliliğine yer vererek, bildirim tabi hususları zararlarla ilişkilendirdiğinden, bu hükümde zarar esasının benimsediğini ifade etmekte behis yoktur¹³⁰.

C. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Rizikonun gerçekleşmesi anı, Mesleki Sorumluluk Sigortaları Genel Şartları (MSSGŞ) m. B.1'de hüküm altına alınmıştır. MSSGŞ m. B.1 söz konusu genel şartları m. A.1 ile ilişkili olduğundan rizikonun gerçekleştiği anı izah ederken her iki maddenin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

MSSGŞ'nin sigortanın konusu başlıklı m. A.1. gereğince; *“Bu sigorta sözleşmesi ile sigortalının poliçede belirtilen ve ilgili taraflarca konusu tarif edilerek sınırları çizilen mesleki faaliyeti ifa ederken; a) Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı veya b) Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı ileri sürülebilecek taleplere karşı sözleşmede belirtilen miktara kadar isteme ilişkin makul giderleri de içerecek şekilde teminat verilir. Taraflar, (a) ve (b) bendlerinden birini içerecek şekilde sözleşme yapabilecekleri gibi, her ikisini içerecek şekilde de sözleşme yapabilir. Sigortalının işletmesi ile ilgili sorumluluğu için yaptırılmışsa, sözleşmede aksine hüküm yoksa bu sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar.”*

MSSGŞ'nin “ Rizikonun Gerçekleşmesi” başlıklı m. B1 gereğince; *“Sözleşmenin; - A.1.'in (a) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde, sigortalının, sözleşme süresi içinde yürüttüğü mesleki faaliyeti dolayısıyla, gerek sözleşme dönemi gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması sonucunda, - A.1.'in (b) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde bir*

¹²⁹ YONGALIK,s.190; KARAYALÇIN, Sorumluluk Sigortaları, s.86.

¹³⁰ ÜNAN, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, s.62, 63.

yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olaya bağlı olarak; a) Sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakati dahilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya, b) Sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarında, tebligat ile davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle, c) Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde riziko gerçekleşmiş olur.”

MSSGŞ'nin m. B.1 ve m. A.1. hükümlerine baktığımız vakit; m. B.1'in rizikonun gerçekleşmesi meselesini m. A.1'e atıf yaparak düzenlendiğini görmekteyiz. MSSGŞ m. A.1. ise rizikonun gerçekleşme anına ilişkin olarak (a) bendinde olay esası ve zarar esasını benimsemiştir. Buna göre sigorta konusu mesleki faaliyet kapsamında sözleşme süresi içerisinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içerisinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı sigorta sözleşmesi düzenlenebilecektir¹³¹. Bu halde sözleşme süresince yürütülen mesleki faaliyet sonucu sözleşme döneminde ve sözleşme süresinin bitiminden itibaren iki yıl içerisinde meydana gelen zararlar sigorta sözleşmesi ile himaye altına alınacaktır.

MSSGŞ m.A.1. (b) bendine göre; “Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı ileri sürülebilecek taleplere karşı” sözleşmenin başlangıç tarihinden en az bir yıl önce ve sözleşme süresi içerisinde meydana gelen olay neticesinde ileri sürülen talepler sigorta himayesi çerçevesinde karşılanacaktır. Söz konusu hükümde rizikonun gerçekleşme anına ilişkin olay ve talep esasının birlikte benimsendiği görülmektedir¹³². Buna göre sigortalının mesleki faaliyetine ilişkin sebep olayı sigorta süresi öncesinde veya bu süre içerisinde meydana gelmelidir. Talep esasına göre ise sigorta himayesi ancak talebin sözleşme süresi içerisinde ileri sürülmesi şartıyla sağlanacaktır.

¹³¹ YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 453.

¹³² YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 453.

D. İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Rizikonun Gerçekleşme Anı

İSSGŞ.m.1 hükmü uyarınca: “*Bu poliçe, işyerinde meydana gelebilecek iş kazaları sonucunda işverene terettüp edecek hukuki sorumluluk nedeniyle işverene bir hizmet akdi ile bağlı ve Sosyal Sigortalar Kanunu’na tabi işçiler veya bunların hak sahipleri tarafından işverenden talep edilecek ve Sosyal Sigortalar Kurumu’nun sağladığı yardımların üstündeki ve dışındaki tazminat talepleri ile yine aynı kurum tarafından işverene karşı iş kazalarından dolayı ikame edilecek rücu davaları sonunda ödenecek tazminat miktarlarını, poliçede yazılı meblâğlara kadar temin eder. Sigortacı ayrıca bu sigorta ile ilgili olarak bir dava açılması halinde hükmolunan mahkeme masrafları ile avukatlık ücretlerini ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki hükmolunan tazminat, sigorta bedelini geçerse sigortacı, avukatlık ücreti dahil dava masraflarına, ancak sigorta bedeli nispetinde iştirak eder*” şeklindedir. Bu hükümde, iş kazası sonucunda işverenin hukuki sorumluluğunun meydana gelmesinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla işveren sorumluluk sigortasında riziko iş kazası (zarar olayı) olarak belirlenmiştir¹³³. İşverenin iş kazasından doğan hukuki sorumluluğunda işçinin zarara uğraması gerekir. Yoksa işverenin, işçiyi koruma borcuna aykırı davranması tek başına işverenin sorumluluğunu doğurmaz.

“*Zarar Vukuunda Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri* “ kenar başlıklı İSSGŞ.m.8 hükmünde rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigorta ettirenin görevleri açıklanmıştır¹³⁴. Bu hüküm de İSSGŞ’nda kabul edilen teorinin zarar olayı olduğunu göstermektedir. Böylece, sigorta teminat süresi içinde iş kazasının diğer bir deyişle zarar olayının gerçekleşmesi sonucunda sigortacının sorumluluğu doğar. Bunun sonucunda, işveren sorumluluk sigortasında teminat süresinin içinde işverenin işçisine karşı koruma borcuna aykırı davranması ya da işçi (veya bunların hak sahipleri) tarafından tazminat talebinin ileri sürülmesi gibi sebep olayı olarak nitelendirebileceğimiz haller dikkate alınmaz¹³⁵.

¹³³ YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 459.

¹³⁴ İşveren Sorumluluk Sigortasında Zarar Vukuunda Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri için İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Madde 8.

¹³⁵ YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 459.

E. Ürün Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Ürün Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (ÜSSGŞ) m. A.1. hükmü uyarınca; “*Bu sigorta sözleşmesi ile sigortacı, sigortalıya karşı, sözleşmede tanımlanan ürünlerin kusurundan kaynaklanan tazminat talepleri ve isteme ilişkin makul giderler için sözleşme ile kararlaştırılan şartlar ve limitler dahilinde teminat sağlar. Sigortacı; a) Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı veya b) Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya ileri sürülebilecek taleplere karşı teminat sağlar. Taraflar (a) ve (b) bentlerinden birini içerecek şekilde sözleşme yapabilecekleri gibi, her ikisini içerecek şekilde de sözleşme yapabilir.*” Anılan hükmü incelediğimizde; rizikonun gerçekleştiği anın belirlenmesinde hususunun taraf iradelerine bırakıldığını görmekteyiz. Hükme göre; taraflar isterlerse, sigorta süresi içinde meydana gelen davranış/olay sonucu doğan ve tazmini sigorta süresi içinde veya sözleşmenin bitiminden sonra talep edilmiş olan zararlara karşı, isterlerse, sigorta başlangıcından önce veya sözleşme yürürlükte iken meydana gelen olay nedeniyle sadece sözleşme süresi içinde ileri sürülecek taleplere karşı teminatın geçerli olacağını kararlaştırabilir. Taraflar hem sorumluluğu doğuran olayın sigorta sözleşmesinden önce gerçekleşebileceğini, hem de tazminat talebinin sözleşmenin bitiminden belirli bir süre sonra yapılacağını kararlaştırabilirler. Yine aynı hükümle bu hallerin ikisini de rizikonun gerçekleştiği an olarak kabul edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu açıklamalardan hareketle ÜSSGŞ’de zararın gerçekleşmesi, zararın tespiti, tazminat talebinin ileri sürülmesi, bu konuda dava ikame edilmesi, sorumluluğun mahkeme kararı ile belirlenmesi, bu kararın kesinleşmesi, tazminatın ödenmesi esasları rizikonun gerçekleştiği an olarak kabul edilebilecektir¹³⁶.

ÜSSGŞ m. B.1. hükmü uyarınca; “*Sözleşmenin; A 1.’in (a) bendinde belirtilen şekilde yapılması halinde, sigortalının, sözleşme süresi içinde piyasaya sürmüş olduğu ürünler dolayısıyla, gerek sözleşme dönemi gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması sonucunda, A. 1. in (b) bendinde belirtilen*

¹³⁶ DİNÇ, Deniz İnan, Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 182-183.

şekilde yapılması halinde, bir yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olaya bağlı olarak; a) Sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakati dahilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya. b) Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde riziko gerçekleşmiş olur.” Söz konusu hükme göre; gerek sözleşme dönemi gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması durumunda rizikonun gerçekleşeceği belirtilerek zarar olayı teorisi benimsenmiştir. Öte yandan ÜSSGŞ’de sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakati ile sigortalı tarafından ödeme yapılması veya zararın gerçekleştiğinin ve zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde riziko gerçekleşmiş kabul edilecek olduğundan tazminat talebinin kesinleşmesi teorisinin benimsediği söylenebilecektir.

F. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları “Sigortanın Konusu” başlıklı m. A.1. uyarınca; “Bu sigorta sözleşmesi, 1219 sayılı Kanununun Ek 12 nci maddesi çerçevesinde, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların (Değişik ibare:RG-26/7/2014-29072)poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine, bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dahilinde teminat sağlar. Ancak on yıllık dönemin başlangıcı 30 Temmuz 2009’u geçemez ve bir aydan fazla sigortasız kalınan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta koruması yoktur. Sigortalının mesleki faaliyete son vermesi halinde, birinci paragraftaki teminata ek olarak, son sigorta sözleşmesi dönemindeki mesleki faaliyetinden dolayı sözleşmenin bitiş tarihinden iki yıl sonrasına kadar ortaya çıkabilecek talepler de teminat dahilindedir. (Ek:RG-16/4/2016-29686) Bu sigorta, sigortalının

savunmasını üstlenen avukata ilişkin harcamaları Genel Şartların Sigortalıya Yardım başlıklı B.3.4 maddesi kapsamında temin eder.”

Rizikonun gerçekleştiği an Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlar m. B.1’de; “*Sigorta sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunulduğunu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Buradan hareketle söz konusu genel şartlarda rizikonun gerçekleştiği an hususunda tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisinin esas alındığı görülmektedir.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında rizikonun iki halde gerçekleştiği kabul edilecektir. Bunlardan ilki, zarar görenin zararını tazmin talebini sigortalıya (hekime) yöneltmesi ve hekimin bu talebi öğrenmesidir. Zarar görenin bu talebi hiçbir şekle tabi olmayıp zararının giderilmesini istediğini içermesi zorunludur. Rizikonun gerçekleşme anına ilişkin Genel Şartlar’ın öngördüğü ikinci hal ise zarar görenin doğrudan sigortacıya zararının tazmini için talepte bulunmasıdır. Bu iki halde de talep konusu zararın sözleşme tarihinden önceki on yıl ve sözleşme süresi içerisinde mesleki faaliyetin sonucu tıbbi kötü uygulamadan kaynaklanması ve zararın da aynı sürede meydana gelmesi şarttır¹³⁷.

G. Deniz Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Deniz Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (DAZMSSGŞ) “Sigortanın Konusu” başlıklı m. A.1 hükmü rizikonun gerçekleştiği anın belirlenmesi noktasında yol gösteri niteliktedir. Söz konusu hükme göre; *Bu sigorta ile sigortacı, poliçede belirtilen ticari*

¹³⁷ “*Sebeb olayı ve zarar olayı için süre, akdedilen ilk sözleşmede sözleşmenin akdedildiği tarihten geçmişe doğru on yıllık bir süreyi kapsamalıdır; ancak on yıllık geçmişe etki döneminin başlangıç tarihi, her halde 30.07.2009 tarihinden daha önceki bir tarih olamaz. Sigortalının mesleki faaliyet son vermesi halinde, on yıllık süresi geçmişe etki süresi ve sözleşme süresine ilaveten son sigorta sözleşmesi dönemindeki mesleki faaliyetinden dolayı sözleşmenin bitiş tarihinden iki yıl sonrasına kadar ortaya çıkabilecek talepler de teminat altına alınabilir.*” Bkz. YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 463.

amaçlı yolcu taşıyan deniz aracında, duraklamalar da dâhil olmak üzere, tahsis amacına uygun şekilde kullanımda bulunduğu süre içinde meydana gelecek bir kaza, sabit ve yüzer cisimlere çarpma ve çatma sonucunda, seyahat eden yolcuların veya üçüncü şahısların uğrayacakları bedeni ve maddi zararlara ilişkin işletmecinin (işletenin) ya da donatanın tazminat sorumluluğunu poliçede yazılı sigorta bedeline kadar temin eder. Bu sigorta, sigortalının haksız taleplere karşı savunmasını da temin eder.”

DAZMSSGŞ m. A.1’deki “...meydana gelecek bir kaza, sabit ve yüzer cisimlere çarpma ve çatma sonucunda, seyahat eden yolcuların veya üçüncü şahısların uğrayacakları bedeni ve maddi zararlara ilişkin işletmecinin (işletenin) ya da donatanın tazminat sorumluluğunu poliçede yazılı sigorta bedeline kadar temin eder..” ifadesinden kaza, çarpma ve çatma sonucunda meydana gelen zararları sigortacının tazmin edeceği anlaşılmakta ve rizikonun gerçekleştiği ana ilişkin olarak sebep olayı teorisinin esas alındığı görülmektedir. Çünkü söz konusu hüküm zarara değil kaza, çarpma, çatma niteliğindeki olaya vurgu yapmaktadır¹³⁸.

H. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları’nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (KMAZMSS) m. A.3 uyarınca; “*Sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, üçüncü şahısların ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre sigortalıya düşen hukuki sorumluluk çerçevesinde bu Genel Şartlarda içeriği belirlenmiş tazminatlara ilişkin talepleri, kaza tarihi itibariyle geçerli zorunlu sigorta teminat limitleri dahilinde karşılamakla yükümlüdür. Sigortanın kapsamı üçüncü şahısların, sigortalının Karayolları Trafik Kanunu çerçevesindeki sorumluluk riski kapsamında, sigortalıdan talep edebilecekleri tazminat talepleri ile sınırlıdır.”* KMAZMSS “Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigortalı ve/veya sigorta ettirenin yükümlülükler” m. b.1. hükmünde; *a) bu sözleşmeye göre, sorumluluğunu gerektirecek bir olayı, haberdar olduğu andan itibaren on gün içinde sigortacıya ihbar etmek, kendisine yöneltilen istemi ise, derhâl*

¹³⁸ KONFİDAN, Melisa, Deniz Araçları Mali Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s.123-124.

sigortacıya bildirmek, ...sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarını tespite, tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yararlı, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermek, ç) Zarardan dolayı dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayaya geçildiği hallerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmayaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri derhal sigortacıya vermek” ifadelerinden KMAZMSS kapsamında rizikonun gerçekleştiği an, sigorta ettirenin sorumluluğunu gerektirecek trafik kazası ve bu trafik kazası sonucu zararın ortaya çıktığı an şeklinde belirlenmiştir. Buradan hareketle söz konusu genel şartlarda sebep olayı teorisi ile zarar olayı teorisinin birlikte benimsendiğini söylemek mümkündür. Motorlu aracın neden olduğu trafik kazası sonucunda riziko gerçekleşmekte ve üçüncü kişiler veya bu kişilere ait şeylere verilen zarardan dolayı sigortacı, poliçede belirtilen bedelin tamamını değil, üçüncü kişinin uğradığı gerçek zarar miktarını karşılamaktadır.

İ. Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları “*Sigorta Teminatının Kapsamı*” m.1. hükmü gereğince; “*Sigortacı, işbu poliçede gösterilen aracın kullanılmasından doğan ve Karayolları Trafik Kanununa ve Umumi Hükümlere göre aracın işletenine terettüp eden hukuki sorumluluğu ve bu poliçe teminat kapsamında olmak şartıyla Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası hadlerinin üzerinde kalan kısmını, poliçede yazılı hadlere kadar temin eder. İşbu sigorta, sigorta ettirenin haksız taleplere karşı müdafaasını da temin eder.*” Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları “*Zarar Vukuunda Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri*” başlıklı m.10 hükmü ise şu şekildedir: “*Sigorta ettiren, zarar vukuunda aşağıdaki hususları yerine getirmekle yükümlüdür. a) İşbu sözleşmeye göre, sigorta ettirenin sorumluluğunu gerektirecek her olayı öğrendiği andan başlayarak beş gün içinde sigortacıya bildirmek, b) Sigortalı değilmişcesine gerekli kurtarma ve korunma tedbirlerini almak ve bu maksatla sigortacı tarafından verilecek talimata uymak, c) Sigortacının talebi üzerine, olayın sebebi ile hangi hal ve şartlar altında vukua geldiğini ve neticelerini tespite yararlı ve sigorta ettiren için sağlanması mümkün gerekli bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermek -ezcümle, olayın*

hangi gün ve saatte ve nerede vaki olduğunu ve hadise anında aracı kullananın isim ve adresi- ve rücu hakkının kullanılmasına yararlı sigorta ettiren tarafından sağlanması mümkün bilgi ve belgeleri temin ve muhafaza etmek, d) Zararın sebebi ile hangi hal ve şartlar altında vukua geldiğini tespit ve sorumluluğun tayini için yapılacak tahkikatta ve delillerin toplanmasında sigortacıya elinden gelen yardımda bulunmak, e) Zarardan dolayı, sigorta ettiren dava yolu ile veya sair suretle bir tazminat talebi karşısında kalır veya aleyhine cezai takibata geçilirse, keyfiyetten sigortacıyı derhal haberdar etmek ve zarar ziyan talebine ve cezai takibata müteallik olarak almış olduğu ihbarname, davetiye gibi biçimle tebliğnameleri derhal sigortacıya tevdi etmek.” Anılan hükümler uyarınca Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası açısından da rizikonun gerçekleşme anının KMAZMSS trafik kazası ve trafik kazası sonucu zararın ortaya çıktığı an olduğu söylenebilecektir.

J. Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği’nin “Amaç ve kapsam” başlıklı m.1 hükmünde; “3/3/2005 tarihli ve 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanuna göre yaptırılması gereken Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına aşağıdaki tarife ve talimatlar uygulanır.” denilmek suretiyle bu sigortanın kapsamı belirlenirken 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanununun esas alınması vurgulanmıştır. Söz konusu kanunun m.6 hükmü uyarınca; “Bu Kanun kapsamına giren gemi ve kıyı tesislerinin sorumlu tarafları, uygulama alanlarında gemi ve kıyı tesislerinden kaynaklanan olay sonucu ortaya çıkan kirlenmenin veya kirlenme tehlikesinin neden olduğu; temizleme masraflarını, koruyucu önlemlere ilişkin masrafları, canlı kaynaklar ve deniz yaşamına verilen zararları, bozulan çevrenin yeniden oluşturulması, toplanan atıkların taşınması ve bertarafı için yapılacak masrafları, geçim için kullanılan doğal ve canlı kaynaklarda meydana gelen zararları, özel mallardaki zararları, şahısların yaralanması ve ölümünden kaynaklanan zararları, gelir kayıplarını, gelir ve kazanç kapasitelerine verilen zararları ve diğer kamu zararlarını tazmin etmekle müteselsilen sorumludur.” Anılan hükme göre Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk

Sigortası'nda rizikonun gerçekleşme anı olarak zarar olayı teorisinin benimsendiği söylenebilecektir. Çünkü söz konusu kanun sigortalının sorumluluğunu zarara sebebiyet veren olaydan ziyade bu olay sonucunda meydana gelecek kirlenme kirlenmenin neden olduğu temizleme masrafları, canlı kaynaklar ve deniz yaşamına verilen zararlar, bozulan çevrenin yeniden oluşturulması, toplanan atıkların taşınması ve bertarafı için yapılacak masrafları geçim için kullanılan doğal ve canlı kaynaklarda meydana gelen zararlar, özel mallardaki zararlar, şahısların yaralanması ve ölümünden kaynaklanan zararlar, gelir kayıpları, gelir ve kazanç kapasitelerine verilen zararlar ve diğer kamu zararları olarak ifade etmiştir.

K. Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (ÇKMSSGŞ) “Sigortanın Konusu” başlıklı m. A.1 hükmü gereğince; *“Bu sigorta sözleşmesi ile sigortacı, a) Toprağın b) Yeraltı sularının, c) İç sular ve denizlerin, ç) Havanın, sözleşmenin kapsamına bağlı olarak birinde, birkaçında veya hepsinde ani ve beklenmedik şekilde ortaya çıkan kirlenme ya da kirlenme tehlikesi nedeniyle Çevre Mevzuatı çerçevesinde sigorta ettirene yöneltilen ve sigorta ettirenin hukuken ödemek zorunda kalacağı tazminat taleplerini bu genel şartlar çerçevesinde güvence altına alır. Bu sigorta zorunlu sigorta ile birlikte aynı sorumluluğu teminat altına almışsa zorunlu sigorta hadlerinin üzerinde kalan kısmını poliçede yazılı hadlere kadar temin eder.”* Söz konusu Genel Şartlar'ın Teminatın Kapsamı başlıklı m. A.2. uyarınca; *“Bu sigorta ile sigortacı, poliçede belirtilen tesisin poliçede belirtilen faaliyetlerinden kaynaklanan kirlenmenin neden olduğu üçüncü şahıslar nezdindeki maddi hasar, ölüm, sakatlık ve bedensel yaralanmaya ilişkin zararlar ile kirlenme veya kirlenme tehlikesi nedeniyle poliçede sınırları belirtilen tesisin dışında yapılan temizleme masrafları, toplanan atıkların taşınması ve bertarafı masraflarını Çevre Mevzuatındaki hükümler çerçevesinde poliçede yazılı teminat sınırlarına kadar aşağıda belirtilen hallerin gerçekleşmesi durumunda tazmin eder. Bu sigorta ile, poliçede belirtilen süreklilik tarihi içerisinde meydana gelen kirlenme veya kirlenme tehlikesi neticesinde poliçede belirtilen geriye dönük geçerlilik tarihinden sonra ortaya çıkan zararlar için poliçe vadesi ya da ek bildirim süresi içinde sigorta ettirene yöneltilmiş olan tazminat talepleri teminat altına alınır. İlk kez düzenlenen veya zamanında yenilemesi gerçekleştirilmemiş Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortasının*

(kapsamındaki teminatlar bakımından varsa Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının başlangıç tarihi) başlangıç tarihi geriye dönük geçerlilik tarihi olarak belirlenir. Kirlenme veya kirlenme tehlikesine neden olan bir olayın meydana gelmesi durumunda bu olaya ilişkin tüm tazminat talepleri tek bir hasar gibi dikkate alınır ve ilk hasarın vuku bulunduğu tarihte meydana gelmiş kabul edilir. Bu sigorta, sigorta ettirenin haksız taleplere karşı savunmasını da temin eder.”

ÇKMSSGŞ m.A.1 ve m.A.2’yi birlikte değerlendirdiğimizde; her kadar m.A.1.hükmünde kirlenmenin gerçekleştiği anı rizikonun gerçekleştiği an olarak ifade edilse de; anılan genel şartın m.A.2’deki “Kirlenme veya kirlenme tehlikesine neden olan bir olayın meydana gelmesi durumunda bu olaya ilişkin tüm tazminat talepleri tek bir hasar gibi dikkate alınır ve ilk hasarın vuku bulunduğu tarihte meydana gelmiş kabul edilir” ifadesinden rizikonun gerçekleşme anı olarak zararın ilk tespiti teorisinin belirlendiği görülmektedir. Bununla birlikte; söz konusu genel şartın m. A.1’de “Çevre Mevzuatı çerçevesinde sigorta ettirene yöneltilen ve sigorta ettirenin hukuken ödemek zorunda kalacağı tazminat taleplerini bu genel şartlar çerçevesinde güvence altına alır.” ve m. A.2’de “...poliçe vadesi ya da ek bildirim süresi içinde sigorta ettirene yöneltilmiş olan tazminat talepleri teminat altına alınır.” ifadelerinden de rizikonun gerçekleşme anına ilişkin olarak tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisinin benimsendiği görülmektedir.

L. Asansör Kazalarında Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Asansör Kazalarında Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın “Sigorta Teminatının Kapsamı” başlıklı m. 1 hükmü gereğince; “Bu sigorta, sözleşme ile daimi bakıma tabi olan ve marka, tip, kullanım tarzı, taşıma kapasitesi ile bulunduğu yerin adresi, bu poliçede gösterilen asansör veya asansörlerle ilgili olarak meydana gelebilecek kazalar sonucu üçüncü kişiler tarafından ileri sürülecek tazminat miktarlarını poliçede yazılı meblağlara kadar temin eder.” Söz konusu hüküm gereğince rizikonun gerçekleştiği an noktasında asansör veya asansörle ilgili kazayı mı yoksa kaza sonucu zarar görenin tazminat talebinde bulunmasını mı ya her iki durumu da birlikte ele almamız gerektiği muallaktır.

Asansör Kazalarında Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın “Zarar Vukuunda Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri” başlıklı m.8 hükmünde; “İşbu sözleşmeye göre, sigorta ettirenin

sorumluluğunu mucip olabilecek her hadiseyi, buna muttali olduğu andan itibaren 5 gün içinde sigortacıya yazı ile ihbar etmek” ifadesinden rizikonun gerçekleştiği an konusunda zarar olayı teorisinin benimsendiği söylenilebilecektir¹³⁹.

M. Gayrimenkul Değerleme Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Gayrimenkul Değerleme Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda (GDMSSGŞ) “Rizikonun Gerçekleşme Anı” başlıklı m. A.3. hükmü gereğince; “*Sigortanın Kapsamı Sigortacı, sigortalının müşterilerinin talebine istinaden hazırlamış olduğu Gayrimenkul Değerleme Raporunun hazırlanması sırasında gerçekleştireceği hata, ihmâl ve kusur sonucu gerçeğe aykırı bir değer takdiri yapılması ya da değeri etkileyecek bir bilginin verilmemesinden ötürü doğacak zararlar nedeniyle üçüncü şahısların kendisine karşı ileri süreceği tazminat taleplerine karşı sigortalıyı poliçede belirtilen teminat limitine kadar teminat altına alır.*”GDMSSGŞ “Rizikonun Gerçekleşmesi” başlıklı m. B.1. hükmünde ise, “*Riziko, hatalı değerlendirme ile ilgili tazminat talebinin sigortalıya veya sigortacıya yazılı olarak iletildiği anda gerçekleşmiş sayılır. Bir dizi tazminat talebine yol açan bir hal, aşağıdaki koşullarla tek bir olay olarak kabul edilecek ve riziko sigortalıya veya sigortacıya ilk yazılı tazminat talebinin yapıldığı anda gerçekleşmiş sayılacaktır.* Anılan hükümlerden hareketle GDMSSGŞ’de rizikonun gerçekleştiği an konusunda tazminat talebinin ileri sürülmesi anının kabul edildiği söylenebilecektir.

N. Bağımsız Denetçilik Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Bağımsız Denetçilik Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (BDMSSGŞ)”Sigortanın Konusu” başlıklı m. A.1. hükmü uyarınca; “*Bu sigorta ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yetkilendirilen bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçilerin, 26/9/2011 tarihli ve 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 24. maddesine bağlı olarak sözleşme süresi*

¹³⁹ YAZICIOĞLU, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, s. 464.

içinde; bilgi sistemleri denetimi dahil olmak üzere her türlü mevzuata ve denetim standartlarına aykırı bağımsız denetim yapmaları ve bağımsız denetim raporları düzenlemeleri, raporlarında eksik, yanlış, yanıltıcı bilgi ve görüşlere yer vermeleri gibi nedenlerden kaynaklanan zararlara karşı sözleşmede belirtilen miktara kadar, makul giderler ile yargılama gideri ve vekalet ücretini de içerecek şekilde teminat verilir.” Söz konusu genel şartların “Rizikonun Gerçekleşmesi” başlıklı m. B.1 hükmü gereğince “Sigorta sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunduğu öğrenildiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır.” Anılan hükümlerden hareketle BDMSSGŞ’de tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisinin benimsendiği görülmektedir.

O. Zorunlu Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Zorunlu Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları “Sigortanın Konusu” başlıklı m. A.1 hükmü ile “*Bu sigorta ile; ulusal veya uluslararası düzeyde nitelikli elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının (ESHS) Elektronik İmza Kanunundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu oluşan, nitelikli elektronik sertifika sahibi kişi veya kuruluşların ve üçüncü şahısların uğrayacağı zararlara ilişkin sorumluluğu, sözleşmede belirlenen zorunlu sigorta limitlerine kadar teminat altına alınmıştır. Bu sigorta, sigortalıya karşı yapılan talepler sonucundaki yasal giderler için de teminat verir.” Anılan genel şartın “Rizikonun Gerçekleşmesi” başlıklı m. B.1 hükmü gereğince; “ESHS’nin, sözleşme süresi içinde Kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle, sertifika sahibi veya üçüncü kişilerin sözleşme dönemi içinde veya sonrasında zarara uğraması sonucunda; Sigortacının bilgisi dahilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya, Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın ESHS’nin sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması veya Sigortalının tebligat üzerine davayı öğrendiği tarihte, riziko gerçekleşmiş olur.” Söz konusu hükümlerden hareketle rizikonun gerçekleştiği ana ilişkin olarak tazminat talebinin kesinleşmesi teorisi esas alınmıştır.*

P. Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (ÖGZMSSGŞ) “Sigortanın Konusu” başlıklı m. A.1.uyarınca; “*Sigortacı, sigorta ettiren tarafından 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna istinaden istihdam ettikleri özel güvenlik görevlilerinin, özel güvenlik hizmetine dair mevzuat çerçevesindeki görevlerini yerine getirmeleri sırasında üçüncü şahıslara verecekleri zararları, sigorta poliçesinde belirtilen tutara kadar teminat altına alır.*” Anılan hüküm ilgili genel şartın “Rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta ettirenin yükümlülükleri” başlıklı m. B.2. hükmü “...*Sigortacının talebi üzerine, zarara sebebiyet veren olayın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarını tespite, tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yararlı olabilecek, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermek, d) Zarardan dolayı dava yoluyla veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmaya geçildiği hallerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve zarar talebine ve/veya cezai kovuşturmaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri derhal sigortacıya vermek...*” ile birlikte yorumlandığında ÖGZMSSGŞ’de zarar olayı teorisinin kabul edildiği sonucuna ulaşılabilir.

R. Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (TZSSGŞ)“Sigortanın Kapsamı” başlıklı m. A.1 hükmü uyarınca; “*Bu sigorta, Likit Petrol Gazı (LPG) tüpleyen firmaların, doldurdukları veya doldurdukları ve yetkili bayileri vasıtasıyla veya doğrudan doğruya tüketiciye intikal ettirdikleri tüplerin kullanılmak üzere bulundukları yerlerde infilaki, gaz kaçırmaları, yangın çıkarmaları sonucu (kusurları olsun veya olmasın) verecekleri bedeni ve maddi zararlara karşı sorumluluklarını, aşağıdaki şartlar dairesinde temin eder.*” Söz konusu hüküm TZSSGŞ “Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri” başlıklı m.9 “*Sigorta ettiren sigorta teminatına girebilecek herhangi bir olay vukuunda aşağıdaki hususları yerine getirmekle yükümlüdür: a) Bu sözleşmeye göre, sigorta kapsamında öngörülen hallerin gerçekleşmesi halinde, bunu öğrendiği andan itibaren 5 gün içerisinde sigortacıya ihbar etmek, b) Sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve*

sonuçlarını tesbite, tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu haklarının kullanılmasına yararlı, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermek, c) Zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayaya geçildiği hallerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve zarar ziyan talebine ve cezai kovuşturmayaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri derhal sigortacıya vermek..” ile birlikte yorumlandığında TZSSGŞ’de zarar olayı teorisinin kabul edildiği görülmektedir.

S. Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda Rizikonun Gerçekleşme Anı

Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları “Sigortanın Kapsamı” başlıklı m. A.2 hükmü gereğince; *“Bu sigorta, Kararda belirtilen tehlikeli maddelerle ilgili mesleki faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin söz konusu mesleki faaliyetleri dolayısıyla meydana gelebilecek bir kaza sonucunda, kusurları olsun olmasın üçüncü kişilerin doğrudan doğruya uğrayacakları bedeni ve maddi zararlara karşı sorumluluklarını, poliçede yazılı tutarlara kadar, aşağıdaki şartlar dairesinde temin eder. Sigorta, sigortalının Karar kapsamına giren tüm mesleki faaliyetlerini kapsayacak şekilde yapılır. Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Sorumluluk Sigortası bulunan bir işyerinde, kullanılmak üzere bulundurulmuş LPG tüpünün infilakı, gaz kaçırmaması, yangın çıkarmaması sonucu verilecek zararlar, Tüpgaz Sorumluluk Sigortası limitleri dahilinde sigortacısı tarafından tazmin edilir.”* Buradan hareketle Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda zarar olayı teorisinin esas alındığı söylenebilir. Söz konusu genel şartın “Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigorta Ettirenin ve/veya Sigortalının Yükümlülükleri” başlıklı m. B.1. hükmü de *“...c) Sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarını tespiti, tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu haklarının kullanılmasına yararlı, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermek, ç) Zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayaya geçildiği hallerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve zarar ziyan talebine ve cezai kovuşturmayaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri derhal sigortacıya vermek...”* zarar olayı esasının bu genel şartlarda kabul edildiğini gösterir niteliktedir.

V. SONUÇ

Sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleştiği anın tespitine ilişkin teoriler içerisinde günümüz sigortacılık uygulamasında daha çok tercih edilenler olay esası, zarar esası ve talep esasıdır. Bu teorilerin sadece birinin veya aynı zamanda birden fazlasının da birlikte kabul edildiği görülmektedir.

Bu zamana kadar ki yaptığımız tüm açıklamalardan hareketle rizikonun gerçekleştiği anın belirlenmesi noktasında ileri sürülen görüşler kendi içlerinde avantajlar ve dezavantajlar barındırmakla birlikte sözleşmenin tarafları arasında da menfaat dengesi sağlamada sorunlara sebep olmaktadır. Sorumluluk sigortaları açısından tek bir görüşün kabul edilmesi her bir sorumluluk sigortasının içeriğinin farklı olduğu realitesine ters düşeceğinden, rizikoyu sınırlandırma amacı sigortanın işlevsiz kalmasına vesile olacaktır. Çünkü bazı sigortalarda olay esası ve zarar esası aynı anda ortaya çıktığı halde, bazı sigortalarda sorumluluğu doğuran olayın ortaya çıkması ile zararın ortaya çıkması arasında çok uzun bir zaman aralığı olabilmektedir¹⁴⁰.

TTK m. 1473/1'te rizikonun sigorta sözleşmesinde tarafların irade özgürlüğü kapsamında tarif edileceği esası benimsenmiştir. Bu durum sorumluluk sigortalarında rizikonun belirlenmesine ilişkin farklı esasların varlığının kanun koyucu tarafından dikkate alındığını ve sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların rizikonun gerçekleştiği anı serbestçe belirleyebilmelerine olanak tanıdığını göstermektedir. TTK m. 1473/1 rizikonun gerçekleştiği anın sözleşmede belirlenmediği takdirde ise sebep olayı teorisinin rizikonun gerçekleştiği anın belirlenmesinde esas alınacağını kabul etmiştir.

TTK'nın sorumluluk sigortalarını düzenleyen m.1475 hükmüne baktığımızda; sigorta ettiren sorumluluğunu gerektirecek olayları öğrendiği tarihten 10 gün içerisinde durumu sigortacıya bildirecek veya kendisinin sorumluluğu doğuracak bir talep olduğunda bunu derhal sigortacıya bildirecektir. TTK m. 1475 hükmü E-TTK 1292 hükmünden farklı olarak rizikonun gerçekleştiği anın tespiti¹⁴¹ konusunda kesin bir

¹⁴⁰ Uygulamada bu durum long tail risks uzun kuyruklu rizikolar olarak adlandırılmakta olup özellikle çevre sorumluluk sigortalarında karşımıza çıkmaktadır. Bkz. YONGALIK, s.203.

¹⁴¹ E-TTK Madde 1292 hükmü gereğince; “*Sigorta sözleşmesi, sigortacıyı, sigorta ettireni savunmasına yardım etmeyemecbur tutmakta ise süre*

hüküm ihtiva etmekten imtina etmiştir. Kuşkusuz bunda olay esasını kabul eden m. 1473 hükmünün emredici nitelikte olmaması ve taraflara sorumluluk sigortası türlerine göre rizikonun gerçekleşme anını farklı şekilde düzenleyebilmelerine olanak tanınmasıdır.

Türk sigortacılık uygulamasına bakıldığında rizikonun gerçekleştiği anın Sigorta Genel Şartları ile belirlendiği görülmektedir. Bu sebeple çalışmamızda genel şartları haiz tüm sorumluluk sigortaları da ele alınmış ve bu genel şartlardaki rizikonun gerçekleştiği anın belirlenmesinde hangi teorilerin esas alındığı ifade edilmeye çalışılmıştır.

sigorta ettirenin tebligat üzerine davayı öğrendiği, Sigorta sözleşmesi, sigorta ettirenin üçüncü kişiye ödeyeceği tazminatın sigortacı tarafından karşılanacağını öngörmekte ise; - Sigorta ettirenin dava olmaksızın veya dava sonucunu beklemaksızın tazminat ödemesi halinde de ödemenin yapıldığı, Sigorta ettirenin, hakkında mahkeme kararının kesinleştiğini öğrendiği an rizikonun gerçekleştiği andır.”

KAYNAKÇA

- ARSEVEN, Haydar, Sigorta Hukuku, Ana Prensipler, Genel Hükümler Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1987.
- ATABEK, Reşat, Sigorta Hukuku, Duygu Matbaası, İstanbul 1950.
- BAHTİYAR, Mehmet: Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırılması ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998.
- BOZER, Ali, Mal Sigortasında Akdin Yürürlük Tarihini ve Sigortacının Mes'uliyetinin Başlangıcını Tayin Eden Sigorta Mukavelesi Hükümleri, BATİDER, Cilt:1 Sayı:1, Yıl: 1961.
- BOZER, Ali, Sigorta Hukuku Genel Hükümler Bazı Sigorta Türleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004.
- CAN, Mertol, Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, İmaj Yayınevi, Ankara 2012.
- CAN, Mertol, Türk Özel Sigorta Hukuku, İmaj Yayınevi Ankara, 2018.
- CEBE, Mehmet Sinan, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- CİCİM, Uluğ İlknur/ALHAN, Yunus, Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukukunda Uzmanlar Grubunun Final Raporu, Bölüm V: Mali Sorumluluk Sigortası, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, Yıl: 2016.
- CLARKE, Malcolm, Alistair, The Law of Insurance Contracts, 6th edition, Informa Law from Routledge, United Kingdom, 2009.
- DİNÇ, Deniz İnan, Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- DOBBYN, John, F., Insurance Law in a Nutshell, Third Edition, West Publishnig Co, 1986.
- DUNT, John, International Cargo Insurance, Informa, United Kingdom 2012.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

- KANER, İnci, Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Tehlike ile İlgili Görevleri, İHFM, Cilt: LIV, Yıl: 1994.
- KARAMAN, Davut: Sigortacılık, Sigorta ve Risk Kavramları, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Güzel İstanbul Matbaası, İstanbul 1960.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Sorumluluk Sigortaları, SHD, Cilt: II, Sayı: 1-2, Yıl: 1984.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Taşıma Sigortalarında “All Risks” (Bütün Riskler) Klozu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 26-27 Ocak Ankara 1984.
- KAYIHAN, Şaban, Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- KENDER, Rayegan Sigorta Mukavelesinin Akdedilmesi ve Şartları, I. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 6-7 Ocak 1984.
- KENDER, Rayegan, Hususi Sigorta Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- KENDER, RAYEGAN, Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III. Sigorta Semineri, Ankara 1977.
- KENDER, Rayegan, Sigorta Hukuku, Sigortacılık Seminerleri, Türk Sigorta Enstitüsü Yayınları No:1, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1975.
- KONFİDAN, Melisa, Deniz Araçları Mali Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- KUBİLAY, Huriye, Özel Sigorta Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2003.
- LANGHEİD Theo/WANDT Manfred, Münchener Kommentar zum VVG 2 Auflage, Verlag C.H. Beck München, München 2017.
- LANGHEİD, Theo/RİXECKER, Roland/GAL, Jens/GROTE, Joachim/MUSCHNER Jens, Versicherungsvertragsgesetz, 6.Auflage, C.H. Beck OHG, München 2019.

- MEMİŞ, Tekin, Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi, Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği (Sempozyum), 19-20 Kasım 2004.
- MEMİŞ, Tekin, Yangın Sigortasında Riziko, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- MOWBRAY, Albert, H./BLANCHARD, Ralph, H., Insurance Its Theory and Practice in the United States, Fifth Edition, Mc-Graw Hill Book Company, New York 1961.
- NOMER, Cahit/YUNAK, Hüseyin, Sigortanın Genel Prensipleri 1.Baskı, Ceyma Matbaacılık, İstanbul 2000.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- OMAĞ, Melih Kemal, Riziko Kavramı Açısından Kıdem Tazminatlarının İşverenlerce Sigorta Edilmesi Sorunu, Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (1975-2016) Makaleler ve Tebliğler, On İki Levha Yayınları, 1. Bası, Ağustos 2019.
- OMAĞ, Merih Kemal, Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, Sigorta Hukuku Türk Derneği, , İstanbul 1985.
- ÖĞÜZ, ŞEKER, Zehra, Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2001.
- ÖZDAMAR, Mehmet, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- ÖZDAMAR, Mehmet, Sigortacının Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt: II, Yıl: 2010.
- PRÖLSS, Jürgen/MARTİN, Anton, Versicherungsvertragsgesetz 31 Überarbeite Auflage, C.H. Beck, München 2021.
- RÜFFER, Wilfried/HALBACH, Dirk/SCHİMİKOWSKI, Peter, Münchener Kommentar Zum VVG (Versicherungsvertragsgesetz) 4. Auflage, C.H. Beck OHG, München 2020.
- SCHMİDT, Otto, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009.

- SCHREÏRER, Vincent, German National Report: World Congress of the International Law Association (AIDA) 2018, “Pollution Insurance—Methods, Coverage and Beneficiaries Under German Policies “, Springer-Verlag GmbH Germany, Part of Springer Nature, 2020.
- SÏEG, Karl, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, Springer Gabler, Hamburg 1984.
- SOPACI ÖZTUNA, Birgöl, Yönetici Sorumluluk Sigortası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- SWÏSHER, Emeric/NASH, Peter, Principles of Insurance Law Second Edititon, Matthew Bender, San Francisco 2000.
- ŞENOCAK, Kemal, Geçici Sigorta Himayesi, BATİDER, Cilt: XXII, S:1, Yıl: 2003.
- ŞENOCAK, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.
- TAŞDELEN, Nihat, Mali Mesuliyet Sigortalarında Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde İhbar Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan SBArD, Sayı:6 Yıl:2015.
- ULAŞ, Işıl: Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- ÜLGENER, Fehmi, Deniz Sigortalarında Nedensellik ve Causa Proxima Kuralı, Der Yayınları, İstanbul 1994.
- ÜNAN, Samim, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, Beta Yayınları, İstanbul 1998.
- ÜNAN, Samim, Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Merih Kemal Omağ’a Saygı Günü olarak yapılan Sorumluluk Sigortaları: İlkeler ve Sorunlar Sempozyumu’na Sunulan Bildiri, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayınları, İstanbul 2013.
- ÜNAN, Samim, Türk Sigorta Hukuku Bakımından Sorumluluk Sigortalarının Değerlendirilmesi, Sorumluluk Sigortaları Seminer, 07.04.2006, Y. Temel Enderoğlu (der.), İktisadî Araştırmalar Vakfı, 2006/185, İstanbul 2006.

Yunus ALHAN

- ÜNAN, Samim, Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukuku Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuku Dergisi, Sayı: Özel Sayı, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, Yıl: 2005.
- ÜNAN, Samim/ATAMER, Kerim, Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri, Sigorta Hukuku Türk Derneğı İstanbul 2011.
- WİDİS, Alan, I., Insurance Materials on Fundamentals Principles, Legal Doctrines and Regulatory Acts, West Group, Minnesota 2001.
- YAZICIOĞLU, Emine, Sorumluluk Sigortalarında Riziko, Sigorta Hukuku Sempozyumları, Samim Ünan/Emine Yazıcıoğlu (Ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- YAZICIOĞLU, Emine, Tekne Sigortası Sözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2003.
- YAZICIOĞLU, Emine/ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra: Sigorta Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2021.
- YONGALIK, Aynur, Çevre Sorumluluk Sigortası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998.