



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: **10** | Sayı: **2**
Temmuz 2024

Yayın Sahibi / Owner

Başkent Üniversitesi Adına
Rektör Prof. Dr. Hakan ÖZKARDEŞ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editorial Manager

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Editör / Editor

Prof. Dr. Rıza AYHAN

Editör Yardımcısı / Deputy Editor

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL
Dr. Öğr. Üyesi Aybüke BASIM

Yönetim Adresi

Yukarı Bahçelievler, Mareşal Fevzi Çakmak Cad.
10. Sok. No: 45
Çankaya / ANKARA

İletişim Adresi

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bağlıca Kampüsü
Fatih Sultan Mehmet Mah. Eskişehir Yolu 18. km
Etimesgut / ANKARA
Tel: 0312 246 66 66 / 2181
Faks: 0312 246 66 44
E-Posta: hukukdergisi@baskent.edu.tr

Yayın

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)
Mustafa Kemal Mah. 2158 Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa ve Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Baskı

Vadi Grafik. Ltd. Şti. (Sertifika No: 47479)
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1
Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0 312 395 85 71

Yayın Yeri | Yılı

Ankara | Kasım 2024

Yayın Aralığı

6 ay | Ocak-Temmuz

Yayın Türü

Yerel | Süreli

ISSN 2148-6638

- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler ve bundan doğacak sorumluluk yazarlara aittir. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bağlamaz.
- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.
- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi TUBİTAK-ULAKBİM TR Dizininde Yer almaktadır.

DANIŞMA KURULU / ADVISORS BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman AKDOĞAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Yadigâr İZMİRLİ • <i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK • <i>TED Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Çiğdem KIRCA • <i>TOBB ETÜ Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Arzu OĞUZ • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Cemal OĞUZ • <i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Serdar ALTINOK • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Erdal ONAR • <i>Bilkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kadir ARICI • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Çağlar ÖZEL • <i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Muharrem ÖZEN • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. E. Ethem ATAY • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Rıza AYHAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Murat SEZGİNER • <i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Őafak BALI • <i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vedat BUZ • <i>Bilkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Kemal ŐENOCAK • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mertol CAN • <i>Çankaya Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Zarife ŐENOCAK • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sadi ÇAYCI • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Süha TANRIVER • <i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN • <i>Atılım Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Asuman TURANBOY • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vahit DOĞAN • <i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>	Prof. Dr. M. Fatih UŞAN • <i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Gülriz UYGUR • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fikret EREN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL • <i>Başkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nadi GÜNAL • <i>Ankara Üniversitesi</i>	Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR • <i>Ankara Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Aynur YONGALIK • <i>Atılım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kudret GÜVEN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU • <i>Başkent Üniversitesi</i>

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD^(*)

Prof. Dr. Abdurrahman AKDOĞAN
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN
Prof. Dr. E. Ethem ATAY
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkan)
Prof. Dr. Sadi ÇAYCI
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. Fikret EREN
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL

^(*) Yukarıda yer alan öğretim üyeleri Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde halen görev yapmaktadır.

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ, YAZIM VE ATIF KURALLARI

I. BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023 yılı itibarıyla “Dergipark” sistemine geçmiştir. Bu nedenle, dergiye gönderilen çalışmaların hakemlik süreçleri Dergipark sistemi üzerinden yürütülmektedir.

Dergide hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki çalışmalar Yayın Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

Dergiye gönderilecek çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların ilk değerlendirmesi Editörlük tarafından yapılır. Bu değerlendirmeden sonra, çalışmaların hakem değerlendirme süreci başlar. Hakem değerlendirme süreci sonunda çalışmaların yayımlanmasına, hakem raporları dikkate alınarak düzeltilmesine (revizyonuna) veya geri çevrilmesine karar verilir.

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yayımlanmasına karar verilen çalışmaların elektronik ortamda tam metin şeklinde yayımlanmak da dâhil olmak üzere, tüm yayın haklarına sahiptir.

II. BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAZIM VE ATIF KURALLARI

A. Yazım Kuralları

Çalışmada Türk Dil Kurumu’nun kabul ettiği güncel yazım ve dil bilgisi kuralları ile “Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yazım ve Atıf Kuralları”na uyulmalıdır. Anılan kurallara uyulmaması durumunda Editörlük, çalışmanın ilgili kurallara uygun şekilde düzenlenmesini yazardan talep edebilir.

Çalışmalar, Dergipark sistemine “.doc” veya “.docx” uzantılı dosya formatında ve biri isim-siz olmak üzere iki nüsha halinde yüklenmelidir.

Çalışmanın başlığı, sayfa ortalanarak tüm harfler büyük olacak şekilde Türkçe ve İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır.

Çalışma başlığının sağ altında, yazarın unvanı, adı - soyadı ve yazarın soyadının bitiminde yıldız (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta, yazarın iletişim bilgileri (kurumu, bölümü, kurumsal elektronik posta adresi, ORCID numarası) yer almalıdır.

Örn: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
E-posta: ornek@baskent.edu.tr, ORCID No: 0000-0000-0000-0000.

Çalışmada, **Türkçe ve İngilizce olarak** “Özet” ile “Anahtar Kelimeler” yer almalı, anahtar kelimelerde yer alan sözcüklerin sadece ilk harfleri büyük olmalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır. Çalışma içerisinde 1.25 cm paragraf girintisi kullanılmalı ve tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.

Dipnotlar, ilgili sayfanın sonuna sıralı numaralar halinde eklenmeli ve kenara yaslanmış şekilde yazılmalıdır.

Cümle sonunda kullanılan dipnotlarda, dipnotun, cümle sonu noktalama işaretinden önce ve boşluk bırakılmadan gösterilmesi gerekir.

Çalışmaların gövde metni 1,5 satır aralığıyla, Times New Roman karakteri ve 12 punto; dipnotlar ise, sayfanın altında gösterilecek biçimde, tek satır aralığıyla, Times New Roman karakteri ve 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalıdır.

Yazılarda kullanılacak **başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde** oluşturulmalıdır:

Birinci Derecede Alt Bölüm : I, II, III ... (**I. SİYAH, KALIN VE TÜM HARFLER BÜYÜK**)

İkinci Derecede Alt Bölüm : A, B, C ... (**A. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)

Üçüncü Derecede Alt Bölüm : 1, 2, 3 ... (**1. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)

Dördüncü Derecede Alt Bölüm: a, b, c ... (**a. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)

Beşinci Derecede Alt Bölüm : aa, bb, cc ... (*aa. İtalik, İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük*)

Metin içerisinde içindekiler bölümü ve kısaltmalar cetveli yer almamalıdır. Kısaltılacak isim veya başlık, metinde ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan yazılmalı ve yanında parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

B. Atıf Kuralları

1. Kitap Atıfları

a. Tek Yazarlı

Dipnotta ilk atıf : İhsan Erdoğan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023, s. 20.

Tekrar atıf : Erdoğan, s. 22.

Kaynakça : Erdoğan, İhsan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023.

b. Birden Fazla Yazarlı

Dipnotta ilk atıf : Fikret Eren/İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023, s. 100.

Tekrar atıf : Eren/Yücer Akürk, s. 105.

Kaynakça : Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023.

2. Bir (veya Birden Fazla) Yazarın Birden Fazla Eserinden Yararlanılması

Bu halde yapılan kısaltmalar, eser sonunda parantez içinde gösterilmelidir.

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 40.

Tekrar atıf : Kuru, Nizasız Kaza, s. 45.

Kaynakça : Kuru, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961. (Nizasız Kaza).

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013, s. 200.

Tekrar atıf : Kuru, El Kitabı, s. 215.

Kaynakça : Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013. (El Kitabı).

3. Çeviri Esere Yapılan Atıf

Dipnotta ilk atıf : Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983, s. 70.

Tekrar atıf : von Tuhr, s. 72.

Kaynakça : von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983.

4. Editörlü Kitapta İlgili Bölüme Yapılan Atıf

Editörlü kitapta ilgili bölüme (paragrafa, makaleye vb.) yapılacak atıf, o bölümün yazarını ve bölüm başlığını içermelidir.

Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Güray Erdönmez, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özekes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017, s. 437.

Tekrar atıf : Erdönmez, “Usûl İşlemleri”, s. 440.

Kaynakça : Erdönmez, Güray, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özekes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

5. Editörlü Kitabın Tamamına Yapılan Atıf

Dipnotta ilk atıf : Hakan Pekcanitez/Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, Ed., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. B., İstanbul 2017, s. 97.

Tekrar atıf : Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 100.

Kaynakça : Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Ed.), Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

6. Dergi ve Süreli Yayın Atıfları

a. Tek Yazarlı

Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Rıza Ayhan, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64), s. 16.

Tekrar atıf : Ayhan, s. 40.

Kaynakça : Ayhan, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64.

b. Birden Fazla Yazarlı

Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru/Ali Cem Budak, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, (İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43), s. 25.

Tekrar atıf : Kuru/Budak, s. 38.

Kaynakça : Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43.

7. Resmi Gazeteye Yapılan Atıflar

Örneğin:

RG, 02.11.2023, S. 32357

8. Yargı Kararlarına Yapılan Atıflar

Örneğin:

Y. 13. HD., E. 28425, K. 1470, T. 07.02.2017: Yargı Kararına Ulaşılan Kaynak

Örneğin:

Y. 13. HD., E. 28425, K. 1470, T. 07.02.2017: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

İstanbul BAM 3. HD., E. 3017, K. 2933, T. 12.10.2023: Yargı Kararına Ulaşılan Kaynak

Örneğin:

İstanbul BAM 3. HD., E. 3017, K. 2933, T. 12.10.2023: E-Uyar Online İçtihat Programı

Yabancı mahkeme kararlarına yapılan atıflarda, özel bir usul öngörülmemiştir. Bununla birlikte yazarın, yabancı mahkeme karar atıfları bakımından benimsediği usulü çalışmanın tamamında aynı şekilde kullanması gerekmektedir.

9. Elektronik Kaynaklara Yapılan Atıflar

Örneğin:

İlk atıf : Vural Seven, Afet Sigortaları Kanunu Kapsamında DASK’a Açılacak Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Dava Şartının Değerlendirilmesi, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/afet-sigortalari-kanunu-kapsaminda-daska-acilacak-davalarda-zorunlu-arabuluculuk-dava-sartinin-degerlendirilmesi/> (Erişim Tarihi: 05.11.2023)

Tekrar Atıf : Seven, Lexpera Blog^(*).

Kaynakça : Elektronik kaynağa erişim tarihine metin içerisinde yer verildiğinden, kaynakçada ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.

Örneğin:

<https://blog.lexpera.com.tr/>

(*) Elektronik kaynağın sayfa numarası icermesi halinde, gerek ilk atıf gerek tekrar atıfta sayfa numarası da belirtilmelidir.

10. Kaynakça

Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakları içeren bir bölüm yer almalıdır. Fizi-ki kaynakları içeren bölümün başlığı “Kaynakça” (**SİYAH, KALIN, TÜM HARFLER BÜYÜK, TİMES NEW ROMAN, 12 PUNTO VE HER İKİ TARAF YASLANMIŞ**); elektronik kaynakları içeren bölümün başlığı ise, “Elektronik Kaynaklar” (**SİYAH, KALIN, TÜM HARFLER BÜYÜK, TİMES NEW ROMAN, 12 PUNTO VE HER İKİ TARAF YASLANMIŞ**) şeklinde yazılmalıdır.

Kaynakçadaki eserler, Times New Roman karakteri, 12 punto ve 1,5 satır aralığı ve her iki tarafa yaslanmış biçimde düzenlenmelidir. Kaynakçadaki eserler, yazarların soyadına göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.

Örneğin:

KAYNAKÇA

Ayhan, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64.

Erdoğan, İhsan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023.

Erdönmez, Güray, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özokes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023.

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013. (El Kitabı).

Kuru, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961. (Nizasız Kaza).

Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43.

von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<https://blog.lexpera.com.tr/>

<https://dergipark.org.tr/tr/>

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

İçindekiler

ÖZEL HUKUK

Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR, Doçent

Türk Hukukunda Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları

Conditions for Benefiting from General Health Insurance in Turkish Law 309

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU, Doçent

Trafik-İş Kazalarında Müteselsil Sorumluluk-Sigorta-Rücu İlişkisi

Joint Liability-Insurance- Recourse Relationship in Traffic-Work Accidents 335

Dr. Bengisu ÖNDER SÜYEN, Öğretim Üyesi

Ceza Yargılamasındaki Haksız Tahrikin, Haksız Fiilden Doğan Tazminat Talebinde Zarar Görenin Kusuru Olarak Değerlendirilmesi

Evaluation of Unjust Provocation in Criminal Proceedings as the Contributory Negligence in the Compensation Claim Arising from the Tort..... 375

Dr. Bersun SARIGÜL ATA, Araştırma Görevlisi

ICC ve ICSID Tahkim Kuralları Uyarınca Geçici ve Koruyucu Tedbirler

Conservatory and Provisional Measures in ICC and ICSID Arbitration Rules 397

KAMU HUKUKU

Dr. Mehmet Emin AKGÜL, Profesör

4734 Sayılı Kanuna Göre Yapılan Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama İşleminin Analizi - Danıştay Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme

Analysis of Acts of Prohibition from Participating in Tender Procurements Made According to Law No. 4734 - A Review within the Framework of the Council of State's Decisions..... 421

Dr. Çağrı KAN, Öğretim Üyesi

Genetiği Değiştirilmiş Organizma Kullanılarak Üretilen Gıdaların İnsan Sağlığına Etkilerinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Evaluation of the Effects of Food Produced Using Genetically Modified Organisms on Human Health in Terms of Criminal Law..... 455

Dr. Hatike Dilara AĞAOĞLU CANAY, Öğretim Üyesi

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk Kliniği Dersi Kapsamında Yapılmış Kadın Avukat Görüşmelerinin Değerlendirilmesi

The Evaluation of Female Lawyer Interviews That Have Been Structured within the Scope of Başkent University Faculty of Gender and Law Clinic Course 505

Dr. Yalçın ARSLANTÜRK, Uzman

Refika SOYAL, Araştırma Görevlisi

Araştırma Görevlilerince Yetkisiz Olarak Verilen Derslerin Kamu Zararı Bağlamında Hukuki Sonuçları

Legal Consequences of Unauthorized Lecturers Given by Research Assistants in the Context of Public Damage 557

Özel Hukuk

Türk Hukukunda Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları^(*)

Conditions for Benefiting from General Health Insurance in Turkish Law

Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR^(**)

Öz:

Genel sağlık sigortası, ülkemizde herkesin sağlık hizmetlerine eşit ve kolay erişimini sağlamak amacıyla kurulmuş önemli bir sosyal güvenlik sistemidir. Türk hukukunda genel sağlık sigortasından yararlanma koşulları 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 67'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede genel sağlık sigortasından yararlanabilmek için sigortalı olarak çalışma veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişilerden olma, gelir testi sonucuna göre belirlenen primlerin ödenmesi veya devlet tarafından karşılanması, Türkiye'de ikamet etme, sağlık hizmeti sunucusuna başvurma ve kimlik belgesi gösterme, katılım payı ödenmesi gibi koşullar bulunmaktadır. Bu makalenin amacı, Türk hukukunda Genel Sağlık Sigortası'ndan yararlanma şartlarını detaylı bir şekilde ele alarak, vatandaşların bu önemli sosyal güvenlik hakkından nasıl faydalanabileceklerini açıklamaktır.

Anahtar Kelimeler:

Genel Sağlık Sigortası, Sağlık Yardımı, Prim Ödeme, Katılım Payı, Sigortalı.

Abstract:

General health insurance is an essential social security system established in our country to ensure that everyone has equal and easy access to healthcare services. The conditions for benefiting from general health insurance under Turkish law are regulated in Article 67 of the Social Insurance and General Health Insurance Law No. 5510. In this context, the conditions for benefiting from general health insurance include being employed as an insured person or being among the dependents of a general health insurance holder, paying premiums determined based on income tests or having them covered by the state, residing in Türkiye, applying to a healthcare provider and presenting an identity document, and paying a co-payment. The purpose of this article is to examine in detail the conditions for benefiting from General Health Insurance under Turkish law and to explain how citizens can utilize this significant social security right.

Keywords:

General Health Insurance, Healthcare Benefits, Premium Payment, Co-Payment, Insured Person.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 26.08.2024 - Makale Kabul Tarihi: 18.09.2024.

^(**) Hakim, Ankara - Türkiye,

E-posta: 45aemo@gmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-3183-0325>.

GİRİŞ

Anayasamızda yaşam hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve özel olarak sağlık hakkı düzenlenmiştir. Anayasanın 17'nci maddesine göre, “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” Anayasanın 56'ncı maddesinde Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması düzenlenmiş olup buna göre “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”

Genel sağlık sigortası, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun (5510 sayılı Kanun) Üçüncü kısmında 60 vd. maddelerde düzenlenmiş olup, “Bu Kanun gereğince genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir yükümlülüktür. Sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler yararlandırılır.”

Genel sağlık sigortası (GSS); 1 Ekim 2008’de yürürlüğe giren, sonradan 1 Ocak 2012 tarihi itibarı ile zorunlu statüsünde uygulanmaya başlanmış, Türkiye’de ikamet eden herkesi kapsayan bir sigorta türüdür. 5510 sayılı Kanunun 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının sekizinci bendinde yapılan tanıma göre, genel sağlık sigortası, “Kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşmaları halinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlayan sigortayı” ifade eder. Genel sağlık sigortası ile kişilerin ekonomik gücüne ve isteğine bakılmaksızın, ortaya çıkacak hastalık riskine karşı, toplumun bütün fertlerinin sağlık hizmetlerinden eşit, ulaşılabilir ve etkin bir şekilde faydalanması sağlanmıştır.¹ GSS, toplumun sağlık güvencesi olmayan bütün bireylerinin olası ve ortaya çıkan hastalık riskine karşı, gelir düzeyine bakılmaksızın zorunlu olarak korunmasını sağlayan bir sağlık sistemi olarak tanımlanmaktadır.²

Sigortaya üye olmak zorunlu olup sistem prime dayalıdır. Sigortalıların sağlık hizmetlerinden yararlanabilmeleri kanunda öngörülen belirli usul ve şartla-

¹ <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/742c02df-68e1-422c-a387-fa2e4326b015/Genel-Saglik-Sigortasi-nedir-2023-01-25-11-25-46>.

² Ali Nazım Sözer, Türk Genel Sağlık Sigortası, İstanbul 2024, s. 3.

rın gerçekleşmesine bağlıdır. Türkiye’de uygulanan GSS kendine özgü özellikleri bulunan bir sağlık sigorta sistemi olup, genel sağlık sigortasının üç temel özelliği vardır.³ İlk olarak Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayanlar da dâhil Türkiye’de yaşayan herkes zorunlu olarak sigortalı olacaktır. Yargıtay’ın bir kararına konu olayda, “... Davacı 1929 doğumlu olduğunu, gayrimenkul sermaye iradı bulunduğunu, aile efradının olmadığını, bu nedenle genel sağlık sigortasından çıkarılmasını talep etmiş olup, genel sağlık sigortası kamu düzenine ilişkin olup, sigortalının iradesine tabi değildir, başka bir deyişle kamu düzenine ilişkin olması nedeni ile genel sağlık sigortalılığı zorunlu olup, kişilerin kendi iradeleri ile ayrılmaları söz konusu olamayacağından yersiz açılan davanın reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki hüküm tesis edilmiştir.”⁴

İkinci özelliği sistemin prime dayalı olup sosyal sigortacılık ilkelerine göre herkesten geliri, kazancı ve ödeme gücüne göre tahsil edilecek primlerle finanse ediliyor olmasıdır. Üçüncü olarak sağlık hizmetleri, kamu-özel sektör ayrımı yapılmaksızın hizmet sunum şartlarını yerine getiren sağlık hizmet sunucularından satın alma yoluyla temin edilmektedir.⁵ Kanunun 67’nci maddesi, sosyal güvenlik kapsamındaki bireylerin hangi koşullarda ve nasıl sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerini belirlemektedir. Temel amaç, sosyal güvenlik sistemine dahil olanların sağlık hizmetlerinden adil ve etkin bir şekilde faydalanmalarını sağlamaktır. Kanun, prim ödemelerinin düzenli yapılmasını ve belirli koşulların yerine getirilmesini sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları olarak belirlemekte olup, prim ödeme yükümlülüklerinin yerine getirilmesi, hak sahipliği ve belirlenen diğer koşulların sağlanması durumunda, bu kişiler sağlık hizmetlerinden faydalanabilirler. Kanunun amacı, sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirliğini ve kişilerin sağlık ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamaktır. Bu çerçevede zorunlu ve isteğe bağlı sigortalıların, sosyal koruma altında olanların, yabancıların, işsizlik edimlerinden yararlananların ve diğerleri kapsamında olanların çalıştıkları/prim ödedikleri süre içinde genel sağlık sigortasından yararlanmaları farklı koşullara bağlanmıştır. Bu dönemde, prim ödenmesi gerekliliği aranmayanlar yanında, gerekli görülenler de vardır. Aktif sigortalılık dönemi bittikten sonra da GSS’den yararlanmak mümkündür.⁶

³ Kadir Arıcı, Türk Genel Sağlık Sigortası Sisteminin Yeterliliği Sorunu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, s. 151 vd.

⁴ “... bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA...” Yarg. 10. HD., 28.11.2014, E. 2013/21678, K. 2014/25030.

⁵ Yusuf Alper, Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testi Uygulaması, Türk-İş Dergisi, 2012, S. 397, s. 56; bkz. Yarg. HGK, 12.03.2019, E. 2015/10-2743, K. 2019/275.

⁶ Ali Nazım Sözer, Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Yararlanmada Prim Koşulu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 13, s. 159.

I. GENEL OLARAK

Genel sağlık sigortasından yararlanma koşulları 5510 sayılı Kanununun 67'nci maddesinde açıklanmıştır. Genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için genel sağlık sigortalısı olma ya da genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişilerden olma, prim ödeme, sağlık hizmeti sunucusuna başvurma ve kimlik belgesi gösterme, katılım payı ödenmesi gibi koşullar bulunmaktadır.⁷

II. TÜRKİYE CUMHURİYETİ VATANDAŞI OLMAK

Genel Sağlık Sigortasından yararlanabilmek için öncelikle Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak gerekmektedir. Türkiye'de ikamet eden yabancı uyruklu kişiler de belirli koşulları sağladıkları takdirde bu sigortadan faydalanabilirler. 5510 sayılı Kanununun 60'ıncı maddesinin yedinci fıkrasına göre, *“Ülkemizde öğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler birinci fıkranın (d) bendindeki ve 52 nci maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki şartlar aranmaksızın ilk kayıt tarihinden itibaren üç ay içinde talepte bulunmaları hâlinde genel sağlık sigortalısı olurlar. Bu sürede talepte bulunmayanlar hakkında öğrenimleri süresince genel sağlık sigortası hükümleri uygulanmaz. Kendilerince 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının üçte birinin 30 günlük tutarı üzerinden genel sağlık sigortası primi ödenir.”*

Aynı maddenin on üçüncü fıkrasına göre, *“Uluslararası Askeri Eğitim İşbirliği Anlaşmaları kapsamında Türkiye'de eğitim ve öğretim gören yabancı uyruklu misafir askeri personel ile bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinden, söz konusu anlaşmada sağlık hizmeti giderleri, kabul eden devlet tarafından karşılanacağı hüküm altına alınanlar genel sağlık sigortalısı sayılır.”* On dördüncü fıkrasına göre de, *“Uluslararası Eğitim İşbirliği Anlaşmaları kapsamında Türkiye'de Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi Başkanlığında eğitim ve öğretim gören yabancı uyruklu misafir personel ile bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinden, söz konusu anlaşmada sağlık hizmeti giderleri, kabul eden devlet tarafından karşılanacağı hüküm altına alınanlar genel sağlık sigortalısı sayılır.”*

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer, Genel Sağlık, s. 377 vd.; Ali Güzel/Alı Rıza Okur/Nurşen Canıklıoğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2020, s. 810 vd.; A. Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2019, s. 630 vd.; Refik Korkusuz/Suat Uğur, Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2018, s. 389 vd.; Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 12/2006, s. 1296 vd.; Resul Aslanköylü, En Son Değişikliklerle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2017, s. 1816 vd.; Ali İnceman, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2023, s. 1196-1198; Fatih Uşan/Canan Erdoğan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2022, s. 430 vd.; Ali Ekin, Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları ve Esasları, TBB Dergisi, 2012, s. 151-166; Yalçın Bostancı, Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 1, Yıl 2008, s. 160 vd.

III. TÜRKİYE'DE İKAMETGAHI OLMA

Genel sağlık sigortasından yararlanabilmek için Türkiye'de ikamet etmek gerekmektedir.⁸ Yurtdışında ikamet eden kişiler, GSS kapsamı dışında kalmaktadır. 5510 sayılı Kanununun 52'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Yabancı ülke vatandaşlarından Türkiye’de yerleşik olma hali bir yılı doldurmadıkça genel sağlık sigortası primi alınmaz ve bu kişiler genel sağlık sigortalısı sayılmaz.*”. Aynı Kanununun 61'inci maddesine göre, “*Genel sağlık sigortalılığı, yerleşim yerinin Türkiye olmadığı veya 60'ıncı maddenin üçüncü fıkrası gereği genel sağlık sigortası kapsamı dışına çıkılan tarihten itibaren sona erer.*”

Yargıtay kararına konu bir olayda, “*Davacı, genel sağlık sigortalılığı kapsamında sağlık karnesi verilmesi suretiyle, sağlık yardımlarından yararlandırılması gerektiğinin tespitini istemiştir. Mahkeme, Türk-Alman sosyal güvenlik sözleşmesinin konuya ilişkin 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası, aynı sözleşmenin 12'nci maddesinin atıfta bulunduğu 4a maddesi uyarınca, ikamet daimi olarak Türkiye'ye nakledilmeği sürece sağlık karnesi verilmesi suretiyle sağlık yardımlarından yararlandırılmanın mümkün olmadığını, geçici olarak Türkiye'de bulunulan zamanlarda ise, T/T 11 formleri denilen sağlık yardımı hak sahipliği belgesiyle her zaman sağlık hizmetlerinden yararlanmanın mümkün olduğunu beyanla, davanın reddine karar vermiştir*” Karar Yargıtayca onanmıştır.⁹

IV. GENEL SAĞLIK SİGORTALISI OLMA

5510 sayılı Kanununun 62'nci maddesine göre, “*Sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler yararlandırılır.*”

Kanunen zorunlu veya isteğe bağlı olarak sigortalı olanlar, 5510 sayılı Kanun veya bu Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alan kişiler, vatansız olarak tanımlanan kişiler, aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar ile gelir tespiti yapılmaksızın genel sağlık sigortalılığı ya da bakmakla yükümlü olduğu kişi bulunmayan Türk vatandaşlarından 18 yaşını doldurmamış çocuklar, işsizlik ödeneğinden ve kısa çalışma ödeneğinden yararlandırılan kişiler, ülkemizde kesintisiz bir yıldır ikamet etmekte olan yabancı ülke vatandaşlarından talepte bulunan kişiler, talepte bulunan yabancı uyruklu öğrenciler, stajyer avukatlar, haklarında koruyucu tedbir kararı verilen kişiler, askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar, yedek subay öğrencileri ve adayları, askeri öğrenci adayları ile

⁸ Ekin, s. 153.

⁹ Yarg. 10. HD., 27.6.2012, E. 2012/14423, K. 2013/14487.

Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi öğrenci adayları ve bunun haricinde herhangi bir sosyal güvencesi olmayan ve ülkemizde ikamet eden tüm vatandaşlarımız genel sağlık sigortalısı olarak sağlık hizmetlerinden faydalanabilmektedir.¹⁰

5510 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre genel sağlık sigortalısı söz konusu Kanunun 60'ıncı maddesinde sayılan kişileri ifade eder. 60'ıncı maddede sayma yoluyla kimlerin genel sağlık sigortalısı olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanunun geçici 13'üncü maddesine göre de, "4046 sayılı Kanunun 21 inci maddesi kapsamında iş kaybı tazminatı alanlar 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı ve genel sağlık sigortalısı sayılır."

V. GENEL SAĞLIK SİGORTALISININ BAKMAKLA YÜKÜMLÜ OLDUĞU KİŞİLERDEN OLMA

Genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişiler de sağlık hizmetlerinden yararlandırılır. 5510 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin onuncu bendinde sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişi açıklanmıştır. Buna göre sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişi, "5 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ile 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1), (2) ve (7) numaralı alt bentleri ile yedinci ve sekizinci fıkraları ile onikinci fıkrasındaki askeri öğrenci adayları ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi öğrenci adayları dışında kalan genel sağlık sigortalısının, sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan; a) Eşini, b) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın bu Kanuna göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklarını, c) Geçiminin genel sağlık sigortalısı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babasını" ifade eder.

Aynı Kanunun 3'üncü maddesinin son fıkrasına göre de, "4857 sayılı Kanunun 13 üncü ve 14 üncü maddelerine göre kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışanlar, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışıp, çalıştığı saat karşılığında ücret alanlardan ay içerisinde otuz günden eksik prim ödeme gün sayısı bulunanlar, sigortalı çalışmama şartı hariç birinci fıkranın (10) numaralı bendinde yer verilen diğer şartları haiz olmaları kaydıyla otuz günden eksik günleri için genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılır."

¹⁰ <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/742c02df-68e1-422c-a387-fa2e4326b015/Genel-Saglik-Sigortasi-nedir-2023-01-25-11-25-46>.

Yargıtay kararına konu diğer bir olayda, "... Dosya kapsamı ve dinlenen tanık beyanından çalışmanın gerçek olmadığı anlaşılacakla birlikte; Mahkemece yapılması gereken iş, bozma ilamı doğrultusunda davalının hak sahipliği veya başka sigortalılık üzerinden, başka bir ifadeyle eşi/anne/babası vs. sigortalılığı nedeniyle sağlık yardımından yararlanma hakkının varlığı yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.03.2019 tarihli 2015/10-2743 E., 2015/35 K. sayılı ilamı kapsamında irdelenerek, sonucuna göre karar verilmelidir. Bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin, mahkemece hüküm tesisi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..."¹¹

VI. GELİR TESTİ YAPTIRMA

Gelir testi, herhangi bir kapsamda sosyal güvencesi olmayan vatandaşların çeşitli göstergeler ışığında mevcut gelirlerinin tespit edilerek GSS primi ödeyip ödeyemeyeceklerini belirleyen işlemidir.¹² Herhangi bir sosyal güvencesi bulunmaması nedeniyle GSS kapsamına alınan Türk vatandaşlarından prim ödeme gücünün bulunmadığını beyan eden kişiler Adres Kayıt Sisteminde yer alan ikametlerinin bulunduğu yerdeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına müracaat ederek gelir testi yaptırabilirler.¹³

VII. GENEL SAĞLIK SİGORTASI PRİMİ ÖDEME

GSS kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için prim ödemesi yapılması gerekmektedir. Prim ödemeleri, sigortalının gelir durumuna göre belirlenir ve Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından tahsil edilir. Gelir testi sonucunda belirlenen gelir seviyesine göre, prim ödemesi yapması gereken kişiler belirlenir. Geliri brüt asgari ücretin üçte birinin üzerinde olan kişilerin ödemesi gereken genel sağlık sigortası prim tutarı brüt asgari ücretin %3'ü tutarındadır. Bu kapsamdaki genel sağlık sigortalılarının 2024 yılı Ocak ayı ve sonrası için ödemesi gereken genel sağlık sigortası prim tutarı aylık 600,08 TL'dir.¹⁴

¹¹ Karşı oya göre, "... Somut uyumsuzlukta 31.01.2012 tarihinden sonra yapılan sağlık giderlerinden dolayı davalının 5510 sayılı Kanununun 60. maddesinin ilgili bentleri gereğince genel sağlık sigortalısı sayıldığından ve 67. madde kapsamında gelir testine tabi tutulmasıyla oluşacak ihtilafa konu dönemdeki prim borçlarının Kurum tarafından tahsilinin mümkün olduğu göz önüne alındığında, belirtilen giderler genel sağlık sigortalısı sayılan sigortalıdan talep edilemeyecektir. Açıklanan gerekçelerle, istirdada konu sağlık giderlerinin tahsilinin mümkün olmadığı ve bu gerekçe ile kararının onanması düşüncesinde olduğundan sayın çoğunluğun bozma görüşüne katılmıyorum." Yarg. 10. HD., 13.10.2021, E. 2021/7249, K. 2021/12161. <https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>.

¹² <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/de260004-f117-4a3b-8f8e-c66bb25ea3bc/Gelir-testi-nedir-2023-01-25-11-30-38>.

¹³ <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/de260004-f117-4a3b-8f8e-c66bb25ea3bc/Gelir-testi-nedir-2023-01-25-11-30-38>.

¹⁴ <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/de260004-f117-4a3b-8f8e-c66bb25ea3bc/Gelir-testi-nedir-2023-01-25-11-30-38>.

Genel sağlık sigortasından yararlanmak için ödenmesi gereken primin oranı 5510 sayılı Kanunun 81'inci maddesi ve Genel Sağlık Sigortası Tescil, Prim ve Müstehaklık İşlemleri Yönetmeliğinin (GSS Tescil Yönetmeliği) 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir.¹⁵

¹⁵ "Genel sağlık sigortası prim oranları

MADDE 13 -(1) Genel sağlık sigortası prim oranı, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri ile Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamındakiler için prime esas kazançlarının %12,5'dir. Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri ile Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine tabi olanlar için bu primin %5'i sigortalı, %7,5'i ise işveren hissesidir. (2) İsteğe bağlı sigorta kapsamında genel sağlık sigortalısı olanların kendilerince belirlenen prime esas aylık kazançlarının %12'si genel sağlık sigortası primidir. Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine göre Türkiye ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinden isteğe bağlı sigortaya devam edenlerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. (3) Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (Değişik ibare: RG-10/11/2017-30236) (7) (c), (d) ve (e) bentleri kapsamındaki genel sağlık sigortalıları ile geçici 13 üncü maddesinde belirtilen iş kaybı tazminatı alanların genel sağlık sigortası prim oranı, prime esas kazançlarının %12'sidir. (Ek cümle: RG-10/11/2017-30236) (7) Ancak, aynı maddenin birinci fıkrasının (g) bendine tabi olanlar için bu oran %3'ü olup, bu oranı %12'ye kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. (4) Kamu idaresine ait işyerlerinde çalıştırılan sigortalıların iş sözleşmesinin askıda kaldığı aylar için genel sağlık sigortası prim oranı, prime esas kazançlarının %12'sidir. (5) Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilenlerden genel sağlık sigortalısı sayılanlar için genel sağlık sigortası prim oranı, prime esas kazançlarının %5'idir. (6) Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilenlerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. (7) Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirtilen kursiyerlerden genel sağlık sigortalısı sayılanlar için genel sağlık sigortası prim oranı, prime esas kazançlarının % (Değişik ibare: RG-10/11/2017-30236) (2) 4,5'idir. (8) Kanunun 60 ıncı maddesinin yedinci fıkrasında sayılanlar için genel sağlık sigortası prim oranı, prime esas kazancın %12'sidir. (9) Kanunun 60 ıncı maddesinin sekizinci fıkrasında sayılanlar için genel sağlık sigortası prim oranı, prime esas kazancın %6'sidir. (10) Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında ilk defa sigortalı olanlar ile Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamında sigortalı olanlardan, ilgili kanunları gereğince aylıksız izine ayrılanların genel sağlık sigortası prim oranı %12'dir. (11) Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan, kurumlarından aylıksız izinli sayılarak başka bir kamu kurum ve kuruluşunda kuruluş kanunları uyarınca görev alanların genel sağlık sigortası primleri, emekli kesenek ve kurum karşılıkları veya malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalı primleri ile birlikte aylıklarını ödeyen fiilen görev yaptıkları kamu kurum ve kuruluşlarına ödenir. (12) Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamında sayılan sigortalıların sağlık hizmetlerinin Kurum tarafından devir alındığı tarihten itibaren, kamu idarelerince bu sigortalılar için her ay gönderilecek genel sağlık sigortası primi emekli keseneklerine esas aylık tutarlarının %12'sidir. (13) Kanunun 60 ıncı maddesinin onuncu fıkrası kapsamında sayılanların genel sağlık sigortası prim oranı, prime esas kazançlarının %12'sidir. (14) Bu Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin on altıncı fıkrasında sayılan yönetim kurulunda çalışmaları nedeniyle Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılanların genel sağlık sigortası primleri, 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının iki katı üzerinden çalıştırdıkları kurumlarca ödenir. (15) 5434 sayılı Kanuna tabi olanlardan; a) 5434 sayılı Kanunun mülga ek 76 ve geçici 192 nci maddeleri uyarınca ilgilendirilenler; 1) 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir işte çalışmaları halinde emekli keseneğine esas aylıkları üzerinden hesaplanacak genel sağlık sigortası primlerinin %12'sinin tamamı kendilerince, 2) 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bir işte çalışmaları halinde emekli keseneğine esas aylıkları üzerinden hesaplanacak genel sağlık sigortası primlerinin %5'i kendilerince, %7'si ise işverenlerince ödenir. b) Zorunlu sigortalı olmalarını gerektirecek şekilde herhangi bir işyerinde çalışmayan 5434 sayılı Kanunun mülga 12 nci maddesinin (II) işaretli fıkrasının son paragrafı, ek 76 ile geçici

GSS Tescil Yönetmeliğinin 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının ç bendine göre, *“Kanunun 60 ıncı maddesinin yedinci fıkrasına göre genel sağlık sigortalısı sayılanların, (c) bendinde sayılan şartlarla birlikte, bir öğretim dönemine ilişkin genel sağlık sigortası primlerinin tamamını tescil tarihinden itibaren bir ay içinde ödemeleri”* gerekmektedir.

5510 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin c bendine göre, harp malulleri ile 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna veya 2330 sayılı Kanun hükümleri veya 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanunun 56'ncı maddesi uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren kanunlara göre vazife malullüğü aylığı bağlanmış malullerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz.

A. Genel Olarak

5510 sayılı Kanunun 67'nci maddesine genel sağlık sigortasından yararlanabilecek bazı gruplar için sağlık hizmet sunucusuna başvurdukları tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 ya da 60 gün gün GSS primi ödemiş olma koşulu getirilmiştir. Bazı gruplar prim ödeme yükümlülüğünün dışında tutulmuştur. Bazıları için de hiçbir prim borcu olmama koşulu getirilmiştir.¹⁶

5510 sayılı Kanunun Geçici 1'inci maddesinin son fıkrasına göre, *“506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı kanunlar kapsamında geçen sigortalılık süresi fiili hizmet süresi ve prim ödeme gün sayısı, genel sağlık sigortasının uygulanmasında gerekli olan sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayılarında dikkate alınır.”*

Geçici 7'nci maddenin altıncı fıkrasına göre, *“Birinci fıkrada belirtilen kanunlar kapsamında zorunlu sigortalı sayılanlar ile isteğe bağlı sigortalı olup sağlık sigortasından yararlananların prim ödeme gün sayıları da genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilir.”*

Geçici 12'nci maddenin üçüncü fıkrasına göre, *“67 nci madde gereği hesaplanan 30 günün hesabında kişilerin lehine olan durum uygulanır. Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce başlayan, ancak, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra faturalandırılan tedavi giderleri Kurum tarafından karşılanır.”*

218 inci maddeleri uyarınca ilgilendirilenlerin, emekli keseneğine esas aylıkları üzerinden hesaplanacak genel sağlık sigortası primlerinin %12'sinin tamamı kendilerince ödenir. c) Özelleştirme programına alınan ve sermayelerindeki kamu payı gerek %50'nin üzerinde gerekse de %50'nin altında olan kamu kuruluşlarında çalışanlardan 5434 sayılı Kanunun ek 71 inci maddesi uyarınca 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında Kurumumuzla ilgilendirilenlerin, emekli keseneğine esas aylıkları üzerinden hesaplanacak genel sağlık sigortası primlerinin %12'sinin tamamının zorunlu olarak Kurumlarınca yatırılması gerekmektedir”.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için Sözer, Genel Sağlık, s. 377 vd.; Saim Ocak, Genel Sağlık Sigortasında Prim Koşulu, Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 1053-1136.

Geçici 14'üncü maddenin son fıkrasına göre, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olup, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ya da sonra malullük, yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlardan; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışanlar hakkında, bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili Kanun hükümleri uygulanmaz. Bunlar hakkında, 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (n) bendi veya 30 uncu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi olup, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ya da sonra 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre vazife malullüğü aylığı bağlananlardan 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışanlar hakkında ise; bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümler uygulanmaksızın ve genel sağlık sigortası primi alınmaksızın iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri ile yazılı talepleri hâlinde uzun vadeli sigorta kolları hükümleri uygulanır."

Geçici 19'uncu maddenin a bendine göre, "1479 ve 2926 sayılı kanunlara göre aylık almakta olanlarla 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışmalarını nedeniyle geçici 2 nci maddeye göre aylık bağlanacaklara aylık bağlamaya esas tüm hizmetleri süresince on yıl süreyle hastalık sigortası veya sağlık sigortası veya genel sağlık sigortası primi ödemiş olanlardan, hastalık sigortası, sağlık sigortası ve genel sağlık sigortası primi kesilmiş olan süreler düşülmek kaydıyla, aylıklarının %10'u oranında ve 10 yılı tamamlayacak süreyle genel sağlık sigortası primi kesilir. Ancak, bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılan kesintiler iade edilmez."

B. Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Sosyal Sigorta İlişkisi Sürerken Yararlanmada Prim Koşulu

1. Prim Koşulu Aranmayan Kişiler

5510 sayılı Kanunun 67'nci maddesinde ve GSS Tescil Yönetmeliğinin 16'ncı maddesinin ikinci fıkrasında¹⁷ sağlık hizmetlerinin sunumu için bekleme süresi aranmayan kişiler ve hallerden söz edilmektedir. Kişiler kapsamında 18

¹⁷ "(2) Ancak; a) 18 yaşını doldurmamış kişilere sağlanan sağlık hizmetleri bedelleri, b) Acil hâllerde sadece acil hal nedeniyle sunulan sağlık hizmeti bedelleri, c) Sağlık Bakanlığınca duyurulan bildirim zorunlu bulaşıcı hastalıklar listesinde yer alan hastalık tespit edilen kişilere, sadece bu hastalığı nedeniyle sunulan sağlık hizmeti bedelleri, ç) İş kazasına ve meslek hastalığına uğrayan kişilerin bu durumlarının belgelenmesi koşuluyla bu durumlarına ilişkin sağlanan sağlık hizmetleri bedelleri, d) Kanunun 63 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereği sağlanan sağlık hizmetleri bedelleri, e) Kanunun 63 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereği analık hâli nedeni ile sağlanan sağlık hizmetleri bedelleri, f) Tibben başkasının bakımına muhtaç olan kişilere sağlanan sağlık hizmetleri bedelleri, g) Kanunun 75 inci maddesinde sayılan afet ve savaş hâli ile grev ve lokavt hâllerinde sağlanan sağlık hizmetleri bedelleri, ile bu sağlık hizmetlerine ilişkin yol gideri, gündelik ve refakatçi giderlerinin karşılanmasında birinci fıkrada sayılan hükümlerin yerine getirilmesi şartı aranmaz".

yaşını doldurmamış olan kişiler, tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler, sosyal sigorta gelir ve aylığı alanlar, bağlı sigortalılıktan çıkan kişiler ile aylıksız izinden dönen kişiler bulunmaktadır.¹⁸

2918 sayılı Karayolları trafik Kanununun 98'inci maddesine göre de “*Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılanlar için belirlenen sağlık hizmeti geri ödeme usul ve esasları çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır.*”

5510 sayılı Kanunun 67'nci maddesine 13.02.2001 tarih, 6111 sayılı Kanunun 36'ncı maddesi ile ek bir ibare eklenmiş olup, trafik kazası halleri için sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmek için genel sağlık sigortası primlerinin ödenmesi aranmaz hükmü getirilmiştir.¹⁹ Kazazedelerin sosyal güvencesi olup olmadığına, GSS sigortalısı sayılıp sayılmadığına bakılmaksızın hiç GSS primi ödemesi olmasa da trafik kazasına maruz kalması halinde resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmetlerinden ücretsiz olarak yararlanabilirler.²⁰

Aynı Kanunun 45'inci maddesinin son fıkrasına göre, “*Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan, ilgili kanunları gereğince kullandıkları aylıksız izin sürelerinin bitiminden sonra göreve başlayanlar ile göreve başlaması için tanınan süreler ile bir yıl ve daha az süreyle aylıksız izne ayrılanların aylıksız izin sürelerinde bu Kanunun 67 nci maddesinde aranan 30 günlük prim ödeme şartı aranmaz.*”

2. Prim Koşulu Aranmayan Haller

5510 sayılı Kanunun 67'nci maddesinin birinci fıkrasında bu haller acil haller, iş kazası, meslek hastalığı, bildirimi zorunlu bulaşıcı hastalıklar, koruyucu sağlık hizmetleri, analık, afet, savaş, grev ve lokavt olarak açıklanmıştır.²¹

3. Başvurduğu Tarihe Göre Son Bir Yıl İçinde Toplam 30 Gün Sağlık Primi Ödemesi Gereken Kişiler

Genel sağlık sigortasının sağladığı sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmek için öncelikli olarak genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişilerden olmak gerekmektedir. Kanunun 67'nci maddesi ve GSS Tescil Yö-

¹⁸ Sözer, Genel Sağlık, s. 378 vd.; Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 159.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Halil Özdemir, Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Sağlık Hizmet Bedelleri Nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumunun Rücu Alacağı, Yargıtay Dergisi, C. 49, S. 4, Ekim 2023, s. 1475-1477.

²⁰ Özdemir, s. 1476.

²¹ Ayrıca bkz. Sözer, Genel Sağlık, s. 382 vd.; Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 159.

netmeliğinin 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının a bendi²² gereğince sağlık hizmeti sunucusuna başvurma tarihinden önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası primi ödenmelidir. Diğer bir ifadeyle, sigortalı genel sağlık sigortasından istifade edebilmek için 30 günlük bekleme süresini tamamlamalıdır.²³ Söz konusu maddenin birinci fıkrasının a bendine göre, "60'ncı maddenin birinci fıkrasının (c)²⁴ ve (f)²⁵ bentleri ile aynı maddenin onikinci,²⁶ onüçüncü²⁷ ve ondördüncü²⁸ fıkraları hariç genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması" gerekir. Kanun primlerin Kuruma fiilen ödenmiş olmasını aramayıp, primler ödenmemiş olsa dahi sadece toplan 30 gün prim ödeme gün sayısının varlığını yeterli görürken; uygulamada Sosyal Güvenlik Kurumu bu primlerin tahakkuk etmiş olmasını da aramaktadır.²⁹

²² "a) Kanunun 60'ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) ve (f) bentleri (Ek ibare: RG-10/11/2017-30236) (6) ile aynı maddenin on ikinci, on üçüncü ve on dördüncü fıkraları hariç genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam otuz gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olması".

²³ Ekin, s. 154; Burcu Şenlikoğlu, 5510 Sayılı Kanun Kapsamında Genel Sağlık Sigortası Prim Koşulu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2023, s. 23.

²⁴ "c) Yukarıdaki (a) ve (b) bentlerine göre sigortalı sayılmayanlardan; 1) Harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar ile gelir tespiti yapılmaksızın genel sağlık sigortalılığı ya da bakmakla yükümlü olduğu kişi bulunmayan Türk vatandaşlarından 18 yaşını doldurmamış çocuklar".

²⁵ "f) Bu Kanun veya bu Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alan kişiler".

²⁶ "Askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar askere sevk tarihi ile terhis tarihi arasında, yedek subay öğrencileri ve adayları askere sevk tarihi ile yedek subay nasıp tarihi arasında, yedek astsubay öğrencileri ve adayları askere sevk tarihi ile yedek astsubay nasıp tarihi arasında, genel sağlık sigortalısı olmayan yedek personelden seferberlik tatbikatları veya eğitimleri maksadıyla silah altına alınanlar tatbikat ve eğitim sevk tarihi ile terhis tarihi arasında, askeri öğrenci adayları ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi öğrenci adayları ise intibak eğitimine başladıkları tarih ile yemin ettikleri tarih arasında, devre kaybeden askeri öğrenciler ve Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi öğrencileri devre kaybettikleri sürelerde primleri ilgili kamu idaresi tarafından karşılanmak suretiyle genel sağlık sigortalısı sayılır. Bu sürenin hesabında, mevzuatı uyarınca askerlik hizmet süresinden sayılmayan haller (disiplin kurulları tarafından verilen cezalar ve sağlık sebepleri hariç) dikkate alınmaz. Bu kapsamda genel sağlık sigortalısı sayıldıkları sürece bu maddenin diğer fıkraları kapsamında genel sağlık sigortalısı ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılmazlar".

²⁷ "Uluslararası Askeri Eğitim İşbirliği Anlaşmaları kapsamında Türkiye'de eğitim ve öğretim gören yabancı uyruklu misafir askeri personel ile bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinden, söz konusu anlaşmada sağlık hizmeti giderleri, kabul eden devlet tarafından karşılanacağı hüküm altına alınanlar genel sağlık sigortalısı sayılır".

²⁸ "Uluslararası Eğitim İşbirliği Anlaşmaları kapsamında Türkiye'de Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi Başkanlığında eğitim ve öğretim gören yabancı uyruklu misafir personel ile bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinden, söz konusu anlaşmada sağlık hizmeti giderleri, kabul eden devlet tarafından karşılanacağı hüküm altına alınanlar genel sağlık sigortalısı sayılır".

²⁹ Sözer, Prim Koşulu, s. 166; Güzel/Okur/Canıklioğlu, s. 813. 30 günlük prim koşulunun değerlendirilmesi için bkz. Ocak, Prim, s. 1072 vd.

Yargıtay kararına konu bir olayda, "... Bir kişi 60. madde kapsamında sigortalı olsa, 61. maddede belirtildiği üzere genel sağlık sigortasına tescili yapılmış olsa dahi 67. maddenin birinci fıkrasında belirtilen hâller hariç olmak üzere maddede yer alan koşulları sağlayamadığı takdirde sağlık hizmetlerinden yararlanamayacaktır. Sonuç itibariyle davacı 01.01.2012 tarihinden sonra ve ihtilaflı dönemde 60. madde kapsamında zorunlu genel sağlık sigortalısı olup prim ödemekle yükümlüdür. Kişilerin zorunlu genel sağlık sigortası kapsamına alınıp prim borçlusu olmaları ile 67. maddedeki istisnai olarak yararlanma şartları ayrı ayrı şeylerdir. Davacının prim ödeme borcu sona ermediğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirmeye yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."³⁰

4. Her Ay 30 Gün Prim Ödemesi Gereken Kişiler

5510 sayılı Kanununun 88'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (b), (c), (d) ve (g) bentleri ile aynı maddenin onikinci, onüçüncü ve ondördüncü fıkraları gereği genel sağlık sigortalısı sayılanlar için, her ay otuz tam gün genel sağlık sigortası primi ödenmesi zorunludur. Şu kadar ki, 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı olanların aynı ay içinde zorunlu sigorta kapsamında prim ödeme gün sayısı bulunması halinde, ayın kalan günleri için isteğe bağlı sigorta gün sayısı kadar genel sağlık sigortası primi ödenir."³¹

5. Önceki Bir Yılda 120 Gün Prim Ödemesi Gereken Kişiler

Türk soylu olup Türkiye'de çalışma izni muafiyeti olanlar ve bağlı sigortalılar talep etmeleri halinde GSS'den yararlanır. Bu kişiler için bir yılda 120 günlük bekleme süresi şartı vardır.³²

6. 60 Günden Fazla Prim Borcu Olmaması Gereken Kişiler

GSS'den yararlanabilmek için bazı sigortalılardan 60 günden fazla prim borcu olmama gibi ek koşul aranmaktadır. Bağımsız çalışanların ve diğerleri sıfatıyla kapsamda olan kişilerin sağlık hizmeti talep etmeden önceki sürede 60 günden fazla prim borcunun olmaması gerekmektedir.³³ 5510 sayılı Kanununun 67'nci maddesinin birinci fıkrasının b bendine ve GSS Tescil Yönetmeliğinin 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının b bendine göre, "60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendi³⁴ ile (g) bendine³⁵ tabi olan genel sağlık sigortalısı

³⁰ Yarg. 10. HD., 15.10.2019, 2017/6071 2019/7412.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer, Genel Sağlık, s. 402-405.

³² Sözer, Genel Sağlık, s. 405.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ocak, Prim, s. 1083 vd.

³⁴ "İkametgahı Türkiye'de olan kişilerden; a) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının; ... 2) (b) bendi gereğince sigortalı sayılan kişiler".

³⁵ "g) Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar".

ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yukarıdaki bentte sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine göre tecil ve taksitlendirilerek tecil ve taksitlendirmeleri devam edenler hariç 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması” şarttır.

Tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanların sigortalılığını düzenleyen ek 5’inci maddenin dördüncü fıkrasına göre, “Tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar. Bunlar hakkında bu Kanunun kısa vadeli sigorta kolları bakımından yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası, uzun vadeli sigorta kolları yönünden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır 7 nci fıkraya göre, “Bu madde kapsamındaki sigortalılar ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, genel sağlık sigortası hükümlerinden yararlanabilmesi için 67 nci maddede sayılan diğer şartların yanı sıra sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 6183 sayılı Kanununun 48 inci maddesine göre tecil ve taksitlendirerek tecil ve taksitlendirmeleri devam edenler hariç 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması şarttır.”

Aynı Kanununun Ek 6’ncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Bu madde kapsamındaki sigortalılar hakkında; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası ve istekleri halinde işsizlik sigortası hükümleri uygulanır.” Altıncı fıkraya göre, “Bu madde kapsamındaki sigortalılar ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, genel sağlık sigortası hükümlerinden yararlanabilmesi için 67 nci maddede sayılan diğer şartların yanı sıra sağlık hizmeti sunucusuna başvurdukları tarihte 6183 sayılı Kanununun 48 inci maddesine göre tecil ve taksitlendirerek tecil ve taksitlendirmeleri devam edenler hariç 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması şarttır.”

Ek 9’uncu maddenin ikinci fıkrasına göre, “Ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar için %12.5 GSS primi ödenir. 4 üncü fıkraya göre, Bu maddenin ikinci fıkrasındaki sigortalılar hakkında Kanununun 67 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri hükümleri uygulanır.”

7. Prim Borcu Olmama Koşulu

5510 sayılı Kanununun 67’nci maddesinin 1’inci fıkrasının c bendinde ve GSS Tescil Yönetmeliğinin 16’ncı maddesinin birinci fıkrasının c bendinde GSS’den yararlanabilmek için bazı sigortalılardan hiç prim borcu olmama gibi ek koşul

aranmaktadır. Buna göre “60’ıncı maddenin birinci fıkrasının (b)³⁶ ve (d)³⁷ bentlerine tabi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yukarıdaki bentlerde sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması” koşulu vardır.³⁸

Borç bulunmaması şartı, “*prim ve prime ilişkin her türlü borç*” ibaresi ile sadece hizmetin beklendiği GSS için değil, ayrı bir hukuki varlık olan uzun ve kısa vadeli sigorta dalları için de aranan bir koşuldur.³⁹ Prim borcu olmaması gereken bir grup isteğe bağlı sigortalılar ile yurt dışında sigortalı olmayan ve oturma izni almış yabancılar. Söz konusu kişiler bakımından, süre verilmeksizin, hiç prim borcu olmaması şartı getirilmiştir.⁴⁰

Prim borcu olmama koşuluna ilişkin söz konusu düzenleme sosyal sigorta hukukunun niteliğine uymadığı gibi, borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan edim karşı edim ilişkisine de aykırı olması sebebiyle öğretide eleştirilmektedir.⁴¹ Sağlık yardımlarından yararlanma Anayasanın 17’nci maddesinde teminat altına alınan kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının da güvencesini oluşturmakta olup, prim ve prime ilişkin her türlü borcun bulunmaması koşulunun getirilmesi isabetsizdir ve düzenlemenin Anayasaya aykırılığı sorununu gündeme getirmektedir.⁴² Ayrıca hiç prim borcu olmama şartı ile söz konusu kişiler sigortalılık yaşamlarında sadece bir gün eksik prim ödemiş veya ödemede gecikmiş olsalar dahi, sağlık hakkını kullanamaz duruma düşürülmektedirler.⁴³ Bu şart GSS’nin “*sigorta*” mantığına uygun görülebilir olmasına karşın, “*genel*” vasfına uygun düşmemektedir.⁴⁴

5510 sayılı Kanununun 62’nci maddesinin son fıkrasına göre, “*Bu kanun kapsamındaki kişilere sağlanacak sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile kişilerden alınan primler arasında ilişki kurulamaz*”. Aynı Kanununun 92’nci maddesinin birinci fıkrasına göre, sosyal sigortalı (kısa ve uzun vadeli sigorta) ve genel sağlık sigortalı olmak zorunludur. Sigortalılık hak ve yükümlerinden vazgeçilemez. Gerek bu iki düzenleme gerek genel sağlık sigortasının evrensel niteliği, 5510 sayılı Kanununun 67’nci maddesinin birinci fıkrasının c bendinde düzenlenen hiç prim

³⁶ “*b) İsteğe bağlı sigortalı olan kişiler*”.

³⁷ “*d) Mütakabiliyet esası da dikkate alınmak şartıyla, oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler*”.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ocak, Prim, s. 1085 vd.

³⁹ Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 167.

⁴⁰ Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 167.

⁴¹ Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 167.

⁴² Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 814-816. Ayrıca bkz. Ocak, s. 1087.

⁴³ Sözer, Genel Sağlık, s. 431; Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 167.

⁴⁴ Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 167.

borcu olmaması şartı ile bağdaşmamaktadır.⁴⁵ Hiç prim borcunun olmaması şartı GSS primleri dışında sosyal sigorta primleri için de arandığında, anayasal temeli olan sosyal güvenlik hakkının kullanılmaz hale getirecektir.⁴⁶ Öğretide belirtildiği üzere Anayasa ve temel insan hakları belgeleriyle teminat altına alınan sosyal güvenlik ve yaşam hakkını olumsuz yönde etkileyecek bir şekilde sigorta primleri nedeniyle kişileri sağlık yardımlarından mahrum bırakmak isabetli olarak değerlendirilemez.⁴⁷

Prim borcu olmaması şartı öğretide eşitlik ilkesi bağlamında da eleştirilmektedir. Bu koşul, kamu görevlileri, sosyal korumaya alınanlar ve kısa çalışma ödeneğinden yararlananlar bakımından aranmamaktadır. Diğer bir ifade ile söz konusu kişilerin GSS veya sosyal sigorta prim borçlarının olması sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını engellemeyecektir. Prim borcu bulunmaması gereken kişilerin hangi ölçüye göre belirlendiği net olmadığı için öğretide söz konusu şartın eşitlik ilkesine de aykırı olduğu değerlendirilmektedir.⁴⁸

C. Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Sosyal Sigorta İlişkisi Son Bulduktan Sonra Yararlanmada Prim Koşulu

Sigortalı kapsamına giren kişiler (5510 sayılı K. m 60), sigortalılıklarının başlamasını gerektiren (eğitim, staj, çalışma, vergi mükellefiyetinin başlaması gibi) eylemlerde bulduklarında (5510 sayılı K. m.7) veya statüye girdiklerinde (yabancılık, vatansızlık, sığınmacı olma ...) sosyal sigorta ilişkileri başlamaktadır. 5510 sayılı Kanunun 92'nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre sürmekte olan hukuki bağ yani “*Sigortalılık, bu Kanunda sayılan sigortalı sayılma şartlarının kaybedilmesi veya ölüm halinde sona erer.*” Sigortalı sayılmayı gerektiren eylem son bulduğunda veya statü ortadan kalktığında sosyal sigorta ilişkisi de son bulmaktadır.⁴⁹

5510 sayılı Kanunun 67'nci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, “*60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılanlar, zorunlu sigortalıklarının sona erdiği tarihten itibaren on gün süreyle genel sağlık sigortasından yararlanırlar. Bu kişilerin sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihten geriye doğru bir yıl içinde 90 günlük zorunlu sigortalılıkları varsa, sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihten itibaren 90 gün süreyle (...) bakmakla yükümlü olduğu kişiler dahil sağlık hizmetlerinden yararlandırılırlar.*”⁵⁰

⁴⁵ Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 167.

⁴⁶ Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 167.

⁴⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 815; Ocak, s. 1085 vd.

⁴⁸ Sözer, Genel Sağlık, s. 432; Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 167.

⁴⁹ Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 168.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ocak, s. 1096.

Sonraya etkili yararlanma imkanı sadece bağımlı ve bağımsız çalışanlar için getirilmiştir. İsteğe bağlı sigortalılar, koruma altında olanlar, yabancılar, işsizlik edimlerinden yararlananlar ve diğer sağlık sigortalıları bu imkandan yararlanmamaktadır.⁵¹ Öğretide bir görüşe göre bu durum hem Anayasada mevcut eşitlik ilkesine hem GSS'nin niteliğine aykırıdır.⁵²

Yargıtay kararına konu bir olayda, “... Mahkemece, ... sayılı Yasanın ... maddesi kapsamında davalının genel sağlık sigortasından yararlanacağı sigortalılık statüsünün belirlenerek, aynı Kanununun 67. maddesinin 5. fıkrası gereği, ... tarihleri arasındaki sigortalılığının iptal edildiği göz önüne alınmak suretiyle iptal edilen sigortalılığından geriye doğru bir yıl içinde 90 gün zorunlu sigortalılığının olup olmadığının araştırılması, buna göre dava konusu dönem için sağlık yardımıyla yararlanıp yararlanamayacağını belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması isabetsizdir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın, eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”⁵³

Yargıtay'ın bir diğer kararına göre, “... Mahkemece, 5510 sayılı Yasanın 86. maddesi kapsamında, davalının iptal edilen sigortalılık süresindeki çalışmasının fiili olup olmadığı irdelenmelidir. İptal edilen sigortalılık süresinin fiili çalışmaya dayanmadığı kanaatine varılması durumunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ilamı kapsamında değerlendirme yapılarak, sonucuna göre karar verilmiştir. O hâlde, davacı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin kararının kaldırılarak İlk Derece Mahkemesince verilen hüküm bozulmalıdır.”⁵⁴

İşsizlik edimlerinden yararlanan kişiler de genel sağlık sigortasının sağladığı hak ve hizmetlerden faydalanabilmektedir. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu çerçevesinde işçiler, belirlenen bekleme süresini tamamladıklarında gerekli koşulları da sağlamaları halinde işsizlik sigortası edimlerine hak kazanmaktadırlar. İşsizlik edimlerinden yararlanan kişinin ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, işsizlik ödeneği süreci boyunca genel sağlık sigortası primleri Kurum tarafından finanse edilir ve söz konusu kişiler bu süreçte sunulan sağlık hizmetlerinden faydalanabileceklerdir.⁵⁵

⁵¹ Sözer, Genel Sağlık, s. 406-407.

⁵² Sözer, Genel Sağlık, s. 407.

⁵³ Yarg. 10. HD., 22.01.2020, E. 2016/11428, K. 2020/405. <https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>.

⁵⁴ Yarg. 10. HD., 29.09.2020, E. 2020/1844, K. 2020/5165. <https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>.

⁵⁵ Şenlikoğlu, s. 54 vd.

Gerek pandemi döneminde⁵⁶ gerek depremlere bağlı OHAL döneminde bazı işçilere İŞKUR tarafından nakdi ücret desteği adı altında bir ödeme yapılmıştır. Bu ödeme Koronavirüs (Covid-19) salgınının ekonomik ve sosyal hayata etkilerinin azaltılması amacıyla, 4447 sayılı Kanunun geçici 24'üncü maddesi⁵⁷ kapsamındaki kişilere ücretsiz izne çıkarıldıkları veya işsiz kaldıkları dönem için İşsizlik Sigortası Fonundan ve İŞKUR tarafından yapılan ödeme olarak tanımlanmaktadır.⁵⁸ OHAL döneminde yapılan nakdi ücret desteği ödemesi de Kahramanmaraş merkezli yaşanan depremlerden etkilenen ve olağanüstü hal ilan edilen Kahramanmaraş, Hatay, Osmaniye, Adana, Adıyaman, Diyarbakır, Gaziantep, Malatya, Şanlıurfa ve Kilis illerinde, depremin ekonomik ve sosyal hayata etkilerinin azaltılması amacıyla, 21/2/2023 tarihli ve 125 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararının 4'üncü maddesi kapsamında yapılan ödeme şeklinde ifade edilmiştir.⁵⁹ Nakdi ücret desteğinden yararlanan kişilerin genel sağlık sigortası primleri, destekten yararlandıkları süre boyunca İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanacaktır.⁶⁰

VIII. SAĞLIK HİZMETİ SUNUCUSUNA BAŞVURMA VE KİMLİK BELGESİ GÖSTERME ŞARTI

Genel sağlık sigortalısının veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerin genel sağlık sigortasından yararlanabilmeleri için prim ödeme ve prim borcu bulunmama şartından başka sağlık hizmeti sunucusuna başvurarak belirli nitelikteki kimlik belgesinin ibrazı da aranan şartlardan biridir. Kanun, acil haller dışında sağlık hizmeti sunucularına başvurma anında kimlik bildiriminde bulunmalarını da zorunlu tutmuştur.⁶¹ 5510 sayılı Kanunun 67'nci maddesine göre, "*genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında acil haller hariç olmak üzere (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra);*

⁵⁶ COVID-19 pandemi sürecinde genel sağlık sigortasının salgın hastalıklar karşısındaki önemi için bkz. Şenlikoğlu, s. 24-25.

⁵⁷ 4447 sayılı Kanunun geçici 24'üncü maddesine göre, "*Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte iş sözleşmesi bulunmakla birlikte 4857 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15/3/2020 tarihinden sonra 51 inci madde kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve bu Kanunun diğer hükümlerine göre işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almamak kaydıyla ve 4857 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesinde yer alan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere, bu süre içinde ücretsiz izinde buldukları veya işsiz kaldıkları süre kadar, Fondan günlük 39,24 Türk lirası nakdi ücret desteği verilir. Yapılan ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılamaz".*

⁵⁸ <https://www.iskur.gov.tr/is-arayan/issizlik-sigortasi/nakdi-ucret-destegi-pandemi/>.

⁵⁹ <https://www.iskur.gov.tr/is-arayan/issizlik-sigortasi/nakdi-ucret-destegi-ohal/>.

⁶⁰ <https://www.iskur.gov.tr/is-arayan/issizlik-sigortasi/nakdi-ucret-destegi-pandemi/>.

⁶¹ Ali Ekin, Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları ve Esasları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 100, Yıl: 2012, s. 157.

biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin gösterilmesi zorunludur.” Düzenlemede yer alan belgeler tahdidi niteliktedir.⁶²

5510 sayılı Kanun ve Sağlık Uygulama Tebliği hükümlerine göre, sağlık hizmeti sunucuları, kişilerin başvuru aşamasında ve acil durumlarda ise acil durum sona erdikten sonra, nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum sağlık kartı gibi belgelerden biri ile kimlik tespiti ve biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapmak zorundadır. Kimlik tespiti yükümlülüğünü ihlal eden sağlık hizmet sunucuları, hem idari mevzuat hem de idarenin özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde yaptırma tabi tutulacaktır.⁶³

Kimlik bildirimini yükümlülüğünün getirilmesinin nedeni, genel sağlık sigortalısının veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, kurumdan haksız yere sağlık yardımını almalarını engellemektir.⁶⁴ 5510 sayılı Kanununun 71’inci maddesinin birinci fıkrasına göre de, *“Sağlık hizmeti sunucuları, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere sağlık hizmeti sunumu aşamasında (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra), 67 nci maddenin üçüncü fıkrasında sayılan belgeleri ve bu belgelerin başvuran kişiye ait olup olmadığını kontrol etmek zorundadır.”* Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, *“Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin kendi adına bir başkasının sağlık hizmeti al-*

⁶² Uşan/Erdoğan, s. 434; Bostancı, s. 161.

⁶³ İbrahim Ankara/Şebnem Akipek Öcal, Yargıtay Kararları Işığında Eczanelerde Kimlik Tespit Yükümlülüğü ve Sürecin TBK m.23 Çerçevesinde Değerlendirilmesi, TAAD, Yıl: 14, S. 55, Temmuz 2023, s. 463. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. age. S. 463-498. Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin Kimlik tespitini düzenleyen 1.6 maddesine göre, *“(1) Sağlık hizmeti sunucularınca, kişilerin müracaatı aşamasında, acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra, nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya verilmiş ise Kurum sağlık kartı belgelerinden biri ile kimlik tespiti ve biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması zorunludur. Kimlik tespiti, biyometrik kayıt işlemi veya biyometrik kimlik doğrulama işlemi usulüne uygun yapmayan ve bu nedenle bir başka kişiye sağlık hizmeti sunulması nedeniyle Kurumun zarara uğramasına sebebiyet veren sağlık hizmeti sunucularından ödenen tutar geri alınır. (2) 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu kapsamında sağlanan yardımlardan ücretsiz faydalananların, sağlık hizmeti sunucularına birinci fıkrada belirtilen belgeleri ibraz edememeleri halinde 2828 sayılı Kanun kapsamında bulduklarını gösterir belgeye göre gerekli işlemler yürütülecek sonrasında söz konusu belgelerin ibrazı ilgili Kurumdan istenecektir. (3) Kapsamdaki kişilerin kendi adına bir başkasının sağlık hizmeti almasını veya Kurumdan haksız bir menfaat temin etmesini sağlaması yasaktır. Bu fiilleri işleyenlerden Kurumun uğradığı zararın iki katı kanunî faiziyle birlikte müştereken ve müteselsilen tahsil edilir ve ilgililer hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri doğrultusunda suç duyurusunda bulunulur”.* Biyometrik kimlik doğrulama işlemi düzenleyen 1.6.1. maddesine göre, *“(1) Kimlik doğrulamada kullanılacak olan biyometrik sistem ve uygulamaya geçilecek sağlık hizmeti sunucuları, uygulama tarihi ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir. (2) Kişinin sağlık hizmeti sunucusuna müracaatı sırasında ilk biyometrik verinin Kurum veri tabanına kayıt işlemi, sağlık hizmeti sunucusu tarafından yapılacaktır”.*

⁶⁴ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, s. 816; Tuncay/Ekmekçi, s. 634; Ankara/Akipek Öcal, s. 463. Ayrıca bkz. Sözer, Genel Sağlık, s. 432.

masını veya Kurumdan haksız bir menfaat temin etmesini sağlaması yasaktır. Bu fiilleri işleyenlerden Kurumun uğradığı zararın iki katı kanunî faiziyle birlikte müştereken ve müteselsilen tahsil edilir ve ilgililer hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri uygulanır.”

Yargıtay’ın bir kararına göre, “... Dava dışı ... isimli kişi sosyal güvencesi bulunmadığı için kuzeni ...'nin kimlik bilgileri ile davacı hastaneden 6 kez tedavi hizmeti almış ve bu tedavi hizmetlerinin davalı Kuruma faturalandırılmasına sebebiyet vermiştir. Bu tedavi hizmetleri nedeniyle davalı, davacı hastanenin kimlik tespiti yapmakta üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyerek Kurumu zarara uğrattığını iddia etmektedir. Ancak dava dışı ... akrabadır ve dosya kapsamındaki beyanlar ile delillerden bilerek birbirlerinin kimliğini kullanmak suretiyle tarafları aldattıkları anlaşılmaktadır. Zira ... kendi yerine ...'ın biyometrik kaydının yapılmasına sebebiyet vermiş ve kayıt yapıldığı sırada yanında olduğu halde bu durumu kuruma hemen bildirmeyerek tedavi almasını sağlamıştır. Davacı hastanenin kimlik tespiti sırasında akraba olan kişilerin benzerliği ve ... isimli kişiye hastane tarafından yapılan biyometrik yöntemle kimlik doğrulama işleminde ...'nin kimlik bilgileri ile uyumlu sonuç vermesi nedeniyle davacı hastanenin yukarıda bahsi geçen sözleşme, SUT ve kanun maddelerine aykırı davranmadığı kabul edilerek, davanın kabulü gerekirken yanlıgılı bir değerlendirme ile davanın reddine yönelik hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”⁶⁵

Yargıtay’ın bir kararına göre, sekiz aylık bebeğin başkasının sağlık karnesi ile tedavi görmesi dolandırıcılık sayılmaz.⁶⁶ Bir başka kararda da başkasının kimliği ile tedavi gören çocuğun haksız menfaat temin etmiş sayılmayacağı değerlendirilmiştir.⁶⁷

⁶⁵ Yarg. 3. HD., 18.3.2021, E. 2020/2597, K. 2021/2908. <https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>.

⁶⁶ “... Sanık ...'in 8 aylık kızı olan ...'in, yara kültürü nedeniyle rahatsızlandığı, bunun üzerine abisinin eşi olan diğer sanık ...'ten oğlu olan ...'in sağlık karnesini alarak ... Kadın ve Çocuk Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastahanesine geldiği, burada sanık...'den aldığı ve onun çocuğu ...'a ait olan sağlık karnesini ibraz ederek kızı ... muayene ettirdiği, daha sonra durumun hastahane görevlilerince fark edilerek bu hususta tutanak tanzim edildiği, bu şekilde sanıkların birlikte hareket ederek üzerlerine atılı dolandırıcılık suçunu işlediklerinin iddia edildiği olayda, 5510 sayılı yasanın 61. maddesine göre 18 yaşından küçük çocuklarla ilgili olarak yapılan tedavi giderlerinin kurumca karşılanacağı, dosya içeriğine göre sanıkların ekonomik durumlarının iyi olmadığı, bu kapsamda 5510 sayılı yasanın 61. maddesi kapsamında değerlendirilmeleri gerektiği, sanıkların suç işleme kastlarının bulunmadığı gerekçelerine dayanan mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, 05.03.2015 tarihinde oy birliğiyle karar verildi”. Yarg. 15. CD., 5.3.2015, E. 2013/8989, K. 2015/21990. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>. Ayrıca bkz. Sözer, Genel Sağlık, s. 434.

⁶⁷ “... Sağlık güvencesi olmayan suçta sürüklenen çocuk...’nın gayriresmi eşinin kızkardeşi olan ...'in kimliği ile 04/04/2009 tarihinde... Doğumevi ve Kadın Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi’nde doğum yaptığı, bu suretle katılan kurumu dolandırdığından bahisle yapılan yargılamada; 01/10/2008 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 61. ve devam eden maddeleri gereğince 18 yaş altı çocukların

IX. KATILIM PAYI ÖDENMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

5510 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının yirmi altıncı bendine göre katılım payı, "sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından ödenecek tutarı" ifade etmektedir.

Kanunun sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları başlıklı 67'nci maddesinde katılım payı düzenlenmemiştir. Bir görüşe göre Kanunun 68 ve 69'uncu maddelerinde düzenlenen katılım payı diğer şartlardan farklı olarak hizmet alımı için başvururken değil, hizmet gerçekleştikten sonra yerine getirilecek bir yükümlülüktür.⁶⁸ Diğer bir görüşe göre ise, GSS den sağlık hizmeti alabilmek için kural olarak sigortalılar ve bağımlılarının katılım payı ödemesi zorunludur.⁶⁹ Sosyal Güvenlik Kurumunca sağlanan sağlık hizmetlerinde ayakta tedavide hekim ve diş muayenesi, ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri ve ayakta tedavide sağlanan ilaçlar için katılım payı alınması gerekmektedir.⁷⁰

GSS sisteminde katılım payı ödenmesine ilişkin düzenlemeler sistemde en çok tartışılan konulardan biri olmakla birlikte GSS ile sistem katkı paylı olarak işler hale getirilmiştir. Bu bağlamda hem hastalığın teşhisi hem tedavisi için sigortalılar katkı payı ödemekle yükümlüdür. Ancak sosyal sigorta sistemi içerisinde hem sağlık sigortası hem katkı payı ödeme yükümlülüğü getirilmesi bu sistemle bağdaştırmak mümkün gözükmemektedir.⁷¹

kanuni temsilcilerinin sosyal güvencesi yok ise primlerinin devlet tarafından karşılanmak üzere genel sağlık sigortalısı sayılacakları yine güvencesi olmayan hamilelerin masraflarının da devlet tarafından karşılanacağı belirtilmesi nedeniyle olayda haksız menfaat temin etme unsurunun bulunmadığı gerekçesiyle mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA,

3- Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçundan kurulan hükme yönelik Cumhuriyet savcısının yaptığı temyiz talebine dair yapılan incelemede,

Suçta sürüklene çocuk ...'nın gayriresmi eşinin kızkardeşi olan ...'in kimliği ile 04/04/2009 tarihinde... Doğumevi ve Kadın Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde doğum yapması nedeniyle suç duyurusunda bulunduğu, suçta sürüklene çocuğun 05/04/2009 tarihinde kolluk görevlilerince hastanede mağdur sıfatıyla alınan beyanında kendisini ... olarak tanıtarak, ...'in kimlik bilgileri ile ifade verdiği ve bu isimle tutanağı imzaladığı, bu suretle atılı resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun maddi ve manevi unsurları itibarıyla oluştuğu gözetilmeksizin kasit yokluğundan yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş ...". Yarg. 23 CD., 31.3.2015, E. 2015/998, K. 2015/188. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>. Ayrıca bkz. Sözer, Genel Sağlık, s. 433.

⁶⁸ Ekin, s. 157-158; Bostancı, s. 162. Katılım payı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Saim Ocak, Sağlık Hizmetlerinde Katılım -Payı Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, s. 181-201.

⁶⁹ Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2022, s. 496.

⁷⁰ Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2010, s. 1086.

⁷¹ Arıcı, s. 496.

Katılım payının amacı GSS'den alınacak sağlık yardımlarının amaca aykırı ve gereksiz kullanımını önlemek ve sağlık hizmeti alanında kontrol sağlayarak gerçek amacın sağlanmasına katkıda bulunmaktır. Bu bağlamda katılım payının sağlık hizmetlerinden yararlanmayı zorlaştıracak miktarda olmaması gerekir.⁷² Sağlık hizmetlerinden yararlananların ödemekle yükümlü oldukları katılım payları, özel sigorta şirketleri tarafından teminat veya ödeme konusu yapılamaz (Kanun m.98/2).

Katılım payı alınması 5510 sayılı Kanunun 68'inci maddesinde düzenlenmiş olup buna göre, "63 üncü maddede sayılan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınacak olanlar şunlardır: a) Ayakta tedavide hekim ve dış hekimi muayenesi. b) (Değişik: 25/6/2009-5917/40 md.) Vücut dışı protez ve ortezler c) Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar. d) (Ek: 25/6/2009-5917/40 md.) Kurumca belirlenecek hastalık gruplarına göre yatarak tedavide finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri."

Katılım payı alınmayacak haller, sağlık hizmetleri ve kişiler de aynı Kanunun 69'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "68 inci maddede sayılan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınmayacak haller, sağlık hizmetleri ve kişiler şunlardır: a) İş kazası ile meslek hastalığı halleri ile askerî tabikat ve manevralarda sağlanan sağlık hizmetleri. b) 75 inci maddede yer alan afet ve savaş hali nedeniyle sağlanan sağlık hizmetleri. c) Aile hekimi muayeneleri ve kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri. d) Sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla; Kurumca belirlenen kronik hastalıklar ve hayati önemi haiz 68 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sağlık hizmetleri ile organ, doku ve kök hücre; nakli. 115e) (Değişik: 17/4/2008-5754/65 md.) 94 üncü maddede tanımlanan kontrol muayeneleri, f) (Değişik: 4/7/2012-6353/83 md.) 60 uncu maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (4) numaralı alt bendinde belirtilen kişiler ile bunların eşleri, (6) ve (8) numaralı alt bentlerinde sayılanlar ile bunların bakmakla yükümlü olduğu kişiler, (5) ve (7) numaralı alt bentlerinde sayılanlar, vazife malulleri ile 4 üncü maddenin dördüncü fıkrasının (d), (e) ve (f) bentlerinde sayılanlar. 116 g) (Ek: 4/7/2012-6353/83 md.) 3713 sayılı Kanunun 21 inci maddesinde sayılan olaylara maruz kalmaları nedeniyle yaralananların tedavileri sonuçlanıncaya veya maluliyetleri kesinleşinceye kadar sağlanacak sağlık hizmetleri. h) (Ek: 2/1/2017-KHK-681/80 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7073/79 md.) 60 uncu maddenin onikinci, onüçüncü ve ondördüncü fıkraları kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılanlar."

⁷² Tuncay/Ekmekçi, s. 635; Ocak, Katılım Payı Uygulaması, s. 196.

X. HİZMET BASAMAKLARI VE SEVK ZİNCİRİNE UYULMASI

GSS'den yararlanabilmek için kişilerin sevk zinciri başvurularını yapmaları gerekmektedir. Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin sevk zincirine uygun başvuru yapmaları ve sağlık hizmeti talep etmeleri bir zorunluluktur.⁷³

5510 sayılı Kanununun 70'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Kurumca sağlık hizmetlerinin sağlanabilmesi için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler sevk zinciri kurallarına uygun hareket etmek zorundadır.*”⁷⁴ Aynı maddenin birinci fıkrasında da hizmet sunucularının basamaklandırılması düzenlenmiştir. Buna göre, “*Bu Kanunun uygulanması bakımından sağlık hizmeti sunucuları birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılır. Bu basamaklar ve sağlık hizmet sunucuları arasında sevk zinciri; tanı, ön tanı, hekimlerin ve dış hekimlerinin uzmanlıkları dikkate alınmak suretiyle tüm yurttan veya il ya da ilçe bazında Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Kurum tarafından belirlenir. Aile hekimleri birinci basamak hizmet sunucuları içinde yer alır.*”

XI. YERSİZ YAPILAN SAĞLIK GİDERLERİNİN TERKİNİ

19.01.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6385 sayılı Yasanın 12'nci maddesi ile 5510 sayılı Kanuna eklenen Geçici 45'inci maddeye göre, “*Bu Kanuna göre genel sağlık sigortalısı ya da bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına girmekle birlikte, asli olarak hak etmediği bir kapsamda sağlık hizmeti alanlara 31/1/2012 tarihine kadar verilen sağlık hizmetlerine ilişkin Kurumca tahakkuk ettirilmiş veya ettirilecek borçlar, varsa ilgililerin bu nedenle açtıkları davadan vazgeçmeleri halinde tahsil edilmez. Bu borçlara ilişkin açılmış olan dava ve icra takiplerinden Kurumca vazgeçilir.*”⁷⁵

Söz konusu hükmün gerekçesinde, 5510 sayılı Kanuna göre, vatandaşların genel sağlık sigortası kapsamına alınmasına ilişkin işlemlerin 2012 yılı Ocak ayı itibarıyla tamamlanması nedeni ile bu tarihe kadar yaşanan geçiş sürecinde, tabii olduğu genel sağlık sigortası statüsünün aradığı şartlarla sağlık yardımı alması gerekirken, Kanunun diğer statülerine göre ya da bakmakla yükümlü olunan kişi statüsünde hak etmediği halde sağlık yardımı yapılanlara ilişkin sağlık giderlerinin ilgililerden tahsil edilmemesi ve bu suretle oluşacak mağduriyetlerin önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.⁷⁶

⁷³ Arıcı, s. 493; Günay, 1089.

⁷⁴ Ayrıntı için bkz. Ekin, s. 162-164.

⁷⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şükriye Esra Başkan, Genel Sağlık Sigortasında Yersiz Ödemelerin İadesi, Yıl 2024, Cilt: 15 Sayı: 1, 29-41.

⁷⁶ Özdemir, s. 1465.

Geçici 45. maddeye göre, 31.1.2012 tarihine kadar sigortalıya sağlık yardımı yapılmasını sağlayan sigortalılık statüsünün geçersiz sayılması ve yapılan masrafların yersiz hale gelmesi halinde, başka bir geçerli sigortalılık statüsü varsa veya bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına giriyorsa, yapılan tedavi gideri yine yersiz sayılamaz ve Kurumca tahsil edilmez. Bu bağlamda sağlık hizmetlerinden yararlanma şartlarını düzenleyen 67'nci maddedeki hallerin de göz önünde bulundurulması ve belirtilen haller dışında yersiz sağlık giderlerinin ilgiliden tahsil edilmesi gerekir.⁷⁷

SONUÇ

Türk hukukunda GSS sistemi, vatandaşların sağlık hizmetlerine erişimini güvence altına alan kapsamlı bir sosyal güvenlik mekanizmasıdır. Bu sistem toplumun her kesiminin sağlık hizmetlerinden eşit bir şekilde faydalanmasını sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. GSS'den yararlanabilmek için gereken şartlar 5510 sayılı Kanunda düzenlenmiş olup 67'nci maddeye göre bu şartlar, sigortalı olma ya da genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişilerden olma, gelir durumuna göre prim ödenmesi, Türkiye'de ikamet etme ve gerekli başvuru süreçlerinin tamamlanması gibi temel unsurları içermektedir. Gerek 5510 sayılı Kanunun 67'nci maddesinin 1'inci fıkrasının c bendinde gerek GSS Tescil Yönetmeliğinin 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının c bendinde GSS'den yararlanabilmek için bazı sigortalılardan hiç prim borcu olmama gibi ek koşul aranmaktadır. Prim borcu olmama koşuluna ilişkin söz konusu düzenleme sosyal sigorta hukukunun niteliğine uymadığı gibi, borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan edim karşı edim ilişkisine de aykırı olması sebebiyle öğretilerde eleştirilmektedir. Sağlık yardımlarından yararlanma Anayasanın 17'nci maddesinde teminat altına alınan kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının da güvencesini oluşturmakta olup, bu bağlamda prim ve prime ilişkin her türlü borcun bulunmaması şartının getirilmesi isabetsizdir. Prim borcu olmaması koşulu öğretilerde eşitlik ilkesi bağlamında da eleştirilmekte olup, prim borcu bulunmaması gereken kişilerin hangi ölçüye göre belirlendiği de net değildir.

⁷⁷ Özdemir, s. 1465-1466.

KAYNAKÇA

- Ankara İbrahim/Akipek Öcal Şebnem, Yargıtay Kararları Işığında Eczanelerde Kimlik Tespit Yükümlülüğü ve Sürecin TBK m.23 Çerçevesinde Değerlendirilmesi, TAAD, Yıl: 14, S. 55, Temmuz 2023, s. 463-498.
- Arıcı Kadir, Türk Genel Sağlık Sigortası Sisteminin Yeterliliği Sorunu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, s. 148-157.
- Arıcı Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2022.
- Aslanköylü Resul, En Son Değişikliklerle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2017.
- Baskan Şükriye Esra, Genel Sağlık Sigortasında Yersiz Ödemelerin İadesi, Yıl 2024, Cilt: 15 Sayı: 1, s. 29-41.
- Bostancı Yalçın, Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 1, Yıl 2008, s. 145-173.
- Ekin Ali, Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları ve Esasları, TBB Dergisi, 2012, s. 151-166.
- Günay Cevdet İlhan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2010.
- Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Canıklıoğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2020.
- İnceman Ali, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2023.
- Korkusuz Refik/Uğur Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2018.
- Ocak Saim, Genel Sağlık Sigortasında Prim Koşulu, Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 1053-1136.
- Ocak Saim, Sağlık Hizmetlerinde Katılım Payı Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, s. 181-201 (Katılım Payı Uygulaması).
- Okur Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 12/2006, s. 1285-1308.
- Özdemir Halil, Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Sağlık Hizmet Bedelleri Nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumunun Rücu Alacağı, Yargıtay Dergisi, C. 49, S. 4, Ekim 2023, s. 1431-1502.
- Sözer Ali Nazım, Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Yararlanmada Prim Koşulu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 13, 2009, s. 159-173 (Genel Sağlık Sigortası).
- Sözer Ali Nazım, Türk Genel Sağlık Sigortası, İstanbul 2024 (Genel Sağlık).
- Şenlikoğlu Burcu, 5510 Sayılı Kanun Kapsamında Genel Sağlık Sigortası Prim Koşulu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2023.
- Tuncay A. Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2019.
- Uşan Fatih/Erdoğan Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2022.

Elektronik Kaynaklar

<https://www.iskur.gov.tr>

www.sgk.gov.tr

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

<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>

Trafik-İş Kazalarında Müteselsil Sorumluluk-Sigorta-Rücu İlişkisi^(*)

Joint Liability-Insurance- Recourse Relationship in Traffic-Work Accidents

Doç. Dr. Mustafa KILIÇOĞLU^(**)

Öz:

Trafik-iş kazası, *işçinin işin yürütümü nedeniyle*, trafikte meydana gelen haksız fiil sonucu yaralanmasına ya da ölmesi ile sonuçlanan bir olaydır. *Özü itibarıyla iş kazasıdır*. Ancak 5510 sayılı Kanun dışında, *özel sigortalarında teselsül* devreye girdiği kompleks olaylarda, *halefiyet* ve *rücu* kavramları önem taşır. Uyuşmazlıkların çözümü geniş bir normatif havuzda değerlendirme zorunluluğunu doğurur. Bu da *yargı yolu* ve *görevli mahkeme konusunu* önemli kılar. Konunun bedensel zarar oluşu dikkate alındığında zararın tek bir yönetmelikle çözülmesi gerekmektedir. *Yargıtay*'ın, farklı yönetmelikler kullanması rücu ilişkisini karmaşık hale getirmektedir. Sorumlulukta *teklik ilkesi* nasıl sorumluluk hukukunun genel bir ilkesi ise, *bedensel zararın* belirlenmesindeki *ölçüm kuralı* da tek olmalıdır. Aksi halde, zarar tam olarak karşılanamaz. Ele aldığımız konunun hukuki örgüsü, bize *Yargıtay*'ın bu uygulama şeklinin en azından tartışılmasını hak ettiği kanaatini vermektedir.

Anahtar Kelimeler:

Trafik-İş Kazası, Halefiyet, Rücu, Görevli Mahkeme.

Abstract:

A traffic-work accident is an event that results in the injury or death of a worker as a result of a wrongful act occurring in traffic due to the execution of work. In essence, it is a work accident. However, except for Law No. 5510, the concepts of subrogation and recourse are important in complex incidents where solidarity comes into play in private insurances. The resolution of disputes necessitates the evaluation of a wide normative pool. This makes the issue of jurisdiction and the competent court important. Considering that the subject matter is bodily injury, the damage should be resolved by a single regulation. The Court of Cassation's use of different regulations complicates the recourse relationship. Just as the unity of liability is a general principle of liability law, the measurement rule in determining bodily injury should also be single. Otherwise, the damage cannot be fully compensated. The legal framework of the subject we have discussed gives us the opinion that this practice of the Court of Cassation deserves at least a discussion.

Keywords:

Traffic-Work Accident, Subrogation, Recourse, Competent Court.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 30.07.2024 - Makale Kabul Tarihi: 08.10.2024.

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: mkilicoglu@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-9050-0735>.

GİRİŞ

Trafik-iş kazaları kavramına gerek uygulamada gerek öğretilerde çok sık rastlanır. Çalışmamıza bu nedenle anılan kavramın açıklaması ile başlamayı düşünmekteyiz. Bu bağlamda, *iş kazası*, *trafik kazası* ayrımının ortaya konması gerekmektedir. Bu belirleme, *usul hukuku* açısından mahkemelerin görev ve yetki durumunu etkileyecektir. Sözleşme ilişkisi, haksız fiil ve üçüncü kişi kavramlarının önemini de işte bu nokta da vurgulamayı düşünmekteyiz.

Müteselsil sorumluluk kapsamında, başta işverenin sorumluluğu olmak üzere diğer sorumluluk alanlarına yer vermek gerekmektedir. *Sigorta kavramına*, İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku, Borçlar Hukuku ve son olarak da Ticaret Hukuku açısından yaklaşılması gerektiği inancındayız.

Konu *trafik-iş kazası* olunca, somut olaya bağlı uygulamada yer bulan özel sigortaların, *sigorta ettiren* ve *sigortacı* açısından da ele alınması ve tazminata yansayan özelliklerine değinmek kaçınılmaz olacaktır.

Rücu kavramı, özel hukukun tüm alanlarında yer almakta olup, genel bir sınıflandırma ile *iç ilişki* ve *dış ilişki* açısından önem arz eder. Rücu ilişkisinin sigorta hukuku açısından işlevsel etkisi, incelememizin belki de en karmaşık yönünü oluşturacaktır.

Sorumluluk sülheleri ve aralarındaki ilişki konumuzun *çekirdek* alanıdır. Bu nedenle, anılan ilişkinin zarar gören, zarar veren ve bunlara halef olan sigortacı - özel veya kamu - arasındaki *sorumluluk payları* ve bunların *sınırlarını* belirtme gereğini duymaktayız.

Tüm çalışmamızda, *soyuttan somutta* giden, sebep ve sonuçları ile konuya bütünsel bakış açısı getirecek bir *metodolojiyi* benimsedik. Bu yönüyle de çalışmamızın kalıcı sonuçları olacağı inancındayız.

I. KAVRAMLAR

A. Genel Olarak

1. İş Kazası Kavramı

İş kazası kavramı, birden çok normda tanımlanmıştır. Dolayısıyla gerek öğelerinde gerek tanımında farklılıklar görülür. Örneğin, 6311 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda (İSGK) iş kazası tanımlanırken “olay”, “işyerinde”, “işin yürütülmesi nedeniyle meydana gelen” sözcük ve söz dizilimiyle *nedensellik bağına* yer verilmiştir.¹ Metnin devamında, “ölüme sebebiyet veren, ruhen ya da bedenen engelli hale getiren olay” söz dizimiyle de belirtilmiştir.

¹ İSGK m.3/f.1(g), “*İş kazası: İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olayı,*” olarak belirtilmiştir.

Bu tanımda, “işin yürütümü” kavramı, iş kazası kavramını genişletmiş, 4857 sayılı İş Kanunu’nda (İş K.) yer alan “iş organizasyonu” kavramı ile uyum sağlanmışır.² 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSK) m.13, iş kazası kavramını oldukça geniş almıştır. İçeriğinde sigortalının, sosyal güvenliğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. “Yürütmekte olduğu iş”, “görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle, asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda”, “işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında”, “bedenen veya ruhen engelli hale getiren olay” şeklinde öğelerin varlığına yer verildiği görülür.

155 No.lu İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme’nin³ üçüncü maddesinde, “işyeri” terimi sözleşmenin kapsamı açısından ele alınmıştır. Buna göre işyeri, “... işçilerin işleri nedeniyle gitmeleri veya bulunmaları gereken ve işverenin doğrudan veya dolaylı kontrolü altında bulunan yerleri kapsar.” söz dizimiyle genişletici bir düzenlemede bulunulmuştur.

İleride rücu kavramını ele aldığımızda, 5510 sayılı Kanun’un 21., 23., 39. ve 76. maddelerine yer verilmesinin uygun olacağını şimdiden ifade etmek gerekir.⁴

Öğretide iş kazaları, genel olarak normatif düzenlemelere atıfta bulunulmuş, işverenin işçinin güvenliğini koruma borcu altında yer verilmiştir.⁵

Kanaatimizce, esnek çalışma türleri de göz önünde bulundurulduğunda, İş K.’da yer alan “iş organizasyonu kapsamı” kavramını iş mahkemelerinin görevi konusunda temel bir öge olarak ele alınmasının, yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

İş sözleşmesinin eser sözleşmesinden ayrımı, öteden beri tartışılan - *özelliikle asıl işveren, alt işveren ilişkisi durumlarında* - bir konudur. İş kazası kavramı, işverenin sorumluluğu için kurucu bir unsurdur. Aynı zamanda anılan ayırım mahkemelerin görevini de belirler. *Yargıtay*’ın bir kararına göre somut olayda, davacı işçiye ait bir aracın, işçiye *kiralandığı* iddiası bulunmaktadır. İşçi, aracı kullanırken

² İş K. m.2/f.2, “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” ifadesi yer alır.

³ ILO Kabul Tarihi: 03.06.1981, Kanun Tarih ve Sayısı: 07.01.2004 / 5038, Resmî Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 13.01.2004 / 25345, Yürürlüğe Girdiği Tarih: 22 Nisan 2005.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., **CİVAN, Orhan Ersun**: “İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları”, *AÜHFD*, 64(3), 2015, s. 351-594.

⁵ Bkz., **SÜZEK, Sarper**: İş Hukuku, B. 21, İstanbul 2021, s. 426; **ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANPOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment**: İş Hukuku Dersleri, B. 36, İstanbul 2023, s. 426 vd.; bazı düzenlemelerde sadece *iş sağlığı ve güvenliği* başlığında altında yer verilmiştir; örneğin, bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş**: İş Hukuku, B. 7, Ankara 2022, s. 1516 vd. Bu konuda yazılan tezlerde de benzer yaklaşım görülür. Örneğin, **AKIN, Levent**: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, s. 61 vd.; **KILIÇOĞLU Mustafa**: Cismat Zarar Ölüm Hallinde İşverenin Hukuki Sorumluluğu ve Tazminat Esasları, Özellikle Zararın ve Tazminatın Hesaplanması Açısından, Ankara 2002, s. 97 vd.

trafik kazası yapmış, araç hasarlanmış. Yerel mahkeme taraflar arasındaki ilişkiyi *eser sözleşmesi* olarak yorumlamış ve *görevsizlik kararı vermiştir*. *Yargıtay*, kiralanılan araçla davacı işçinin davalı işverenin talimatı ile hastaneye hastaları götürüp getirdiği, şoförlük hizmetinde bulunduğu, bu yönüyle *eser sözleşmesinin öğelerinin gerçekleşmediği düşüncesiyle*, işin esası hakkında karar verilmesi sonucuna varmıştır.⁶ Başka bir anlatımla, *Yargıtay* hukuki ilişkiyi iş sözleşmesi olarak yorumlamıştır.

Bedensel zararlarda, bir kazanın iş kazası olup olmadığı konusundaki uyumsuzluk, *tespit davası* ile çözümlenmektedir. Bunun da normatif dayanağı 5510 s.K. m.13'tür.

Yargıtay bir kararında, öncelikle 5510 s.K. m.13 ele alınmış, daha sonra da 6331 s.K. m.3 irdelenmiştir. Somut olayda, işçiyi taşıyan servis aracının arızalanması üzerine işverence başka araç gönderileceği işçilere bildirilmiştir. Buna rağmen destek (ölen işçi), bekle uyarasına rağmen ilçe merkezinde bulunan bankamatiğe gittiği sırada, trafik kazasında ölmüştür. İşçinin hak sahiplerinin açtığı davada, mahkemece, kazanın *işin yürütülmesi ile oluşmadığı* ve de *işleyle bağdaşmadığı* gerekçesiyle, *olay trafik-iş kazası olarak kabul edilmemiştir*. Bizim de paylaştığımız ve karşı oyda bulunan bir kısım üyelerin görüşüne göre, sorun kusur sorunu olup, işverenin sorumluluğunun bu yönüyle değerlendirilmesi gerekmektedir.⁷

2. Trafik Kazası Kavramı

Trafik kazası, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda (KTK) açıkça tanımlanmıştır. Buna göre, "Karayolu üzerinden hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararlı sonuçlanmış olan olaydır" (KTK m.3). Aynı hükümde "trafik", "karayolu", "sürücü", "şoför", "yolcu" ve "işleten" gibi birçok tanıma yer verilmiştir.

Bir eyleme trafik kazası denilebilmesinde, kazanın nerede gerçekleştiği önem taşır. 2918 s. KTK'nın "kapsam" kenar başlığı altında, anılan Kanun'un karayollarında uygulanacağı belirtilmiştir. Kanun'un (a) ve (b) bentlerinde de kanunun kapsamını genişletici düzenlemelerde bulunulmuştur. Bu durum, sigorta hukuku açısından da önem taşır. Örneğin, KTK m.2'de belirtilen kapsam dışında meydana gelen kazalarda sorumluluk, genel hükümlere tabi olur.

Yargıtay kararları da bu normatif düzenlemelere paralelidir.⁸

⁶ Y. 9. HD, 18.02.2008 T., 2007/38066 E., 2008/646 K., **KAR, Bektaş**: İş Yargılaması Usulü, Ankara, B. 3, 2021, s. 191.

⁷ YHGK, K.T: 11.02.2020, 2019/389 E., 2020/120 K., E.T: 14.06.2024 (www.corpus.com.tr).

⁸ Örneğin, kazanın meydana geldiği tarlanın karayolu ile bağlantısı olması nedeniyle davalı sigorta şirketi tazminat sorumlusu olarak kabul edilmiştir; Y. 4. HD, K.T: 10.02.2020, 2017/2696 E., 2020/452 K.; kararlar için bkz. **SERTKAYA, Şahabettin/KARAKAYA, Dilmen Aksoy**: Sigorta Hukuku ve Trafik Kazasından Kaynaklanan Tazminat Davaları, B. 1, Ankara 2022, s. 47-50.

KTK'nın tümü gözden geçirildiğinde, emredici olarak düzenlenmiş çok sayıda yükümlülük olduğu görülecektir. Yükümlülükler aykırı eylemler, sorumluluğa yol açar. Sorumluluğa karar verilirken, eylemin hukuki niteliği de ortaya çıkar. Başka bir anlatımla, yükümlülükler aykırı eylemde bulunan süje dikkate alınarak, haksız fiil sorumluluğundan tehlike sorumluluğuna uzanan bir süreç gözlemlenir.

3. Trafik - İş Kazası Kavramı

Trafik-iş kazası kavramının temel süjesi *işçidir*. O halde işçi, trafik kazası sonucunda bedensel zarara *-beden ya da ruh sağlığı-* zarara uğramalıdır ya da bedensel zarar sonucu ölüm gerçekleşmelidir. Anılan kazanın, iş hukuku kadrajına girmesi bu yönüyledir.

Yargıtay bir kararında, 5510 K. m.13, 6331 s.K. m.3 ve 2918 s.K. m.3'ü referans göstererek, işveren tarafından sağlanan veya *işyerinden sayılan motorlu aracın* karıştığı ve *işverenin işçiye karşı sorumluluğunu doğuran* olayın, *trafik-iş kazası* olduğu sonucuna varmıştır.⁹

Trafikte meydana gelen kaza, az yukarıda söz edilen *iş organizasyonu* doğrultusunda yürütülmekte olan iş sırasında olmuş ise, iş hukuku kapsamında kabul edilir. Ancak işçi, *işle ilgisi olmayan bir sebeple trafikte bedensel zarara uğramış ya da ölmüş ise*, bu durum iş hukuku kapsamında değerlendirilemez ise de sosyal güvenlik hukuku içerisinde değerlendirilir.

Yargıtay, oldukça *isabetli* olarak bir kararında, 155 No.lu *İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşmede* yer alan işyeri kavramını referans almıştır. Anılan Sözleşmede işyeri, *"işçilerin, işleri nedeniyle işe gitmeleri veya bulunmaları gereken ve işverenin doğrudan veya dolaylı kontrol altında bulunan bütün işyerlerini kapsar"*. Somut olayda, işverenin işçiye tahsis ettiği barınak ile inşaat sahasına giden yolda, işçi, uğradığı trafik kazasında ölmüştür. Bunun sonucunda hak sahiplerinin açtığı tespit davasında somut olay, *Yargıtayca* iş kazası olarak yorumlamıştır.¹⁰ Karar bu yönüyle oldukça *isabetlidir*.

İşçinin, işverenin işyerinde bir bedensel zarara uğramış durumunda ise, genel olarak uyuşmazlık *kusur - kusursuzluk* ekseninde yoğunlaşır.

Kazanın trafikte olması halinde trafik-iş kazası ikilemi ortaya çıkar. Trafikte meydana gelen kaza nedeniyle, yaralanan ya da ölen işçinin, oluşan hukuki durumun trafikte meydana gelen kaza nedeniyle, Kurumca (SGK) iş kazası olarak belirlenmemesi halinde *-trafik-iş kazası* değil trafik kazası olduğuna ilişkin karar vermesi halinde- uyuşmazlık, *tespit davası* konu olur. Uyuşmazlık mahkemece 5510 s.K. m.13 (yürürlükten kalkan 506 s.K. m.11) doğrultusunda çözümlenir.

⁹ YHGK, K.T: 29.06.2022, 2019/579 E., 2022/1079 K., E.T: 29.06.2022 (www.sinerji.com.tr).

¹⁰ YHGK, K.T: 25.11.2020, 2016/2569 E., 2020/956 K., E.T: 14.06.2024 (www.corpus.com.tr).

Trafik kazası, trafik-iş kazası ayrımı, somut olaya göre, davaya bakacak mahkemeyi, rücu ve sigorta ilişkisini doğrudan etkileyebileceği söylenebilir.

Yargıtayın bir kararında, *şehirler arası bir yolda* meydana gelen trafik kazasında *ilk olarak*, bedensel zarara uğrayanın sigortalı olması ve 5510 s.K. m.13'te *sınırlı olarak sayılan durumlarda* olması koşullarının *birlikte gerçekleşmesinin* zorunluluğunu aramıştır. *İkinci olarak* da iş kazası tespit davalarında *özel bir ispat yöntemi bulunmadığını* belirtmiştir. Bu bağlamda somut olaya özgü, aracın işveren tarafından temin edilip edilmediği, taşıt masraflarının kimin tarafından karşılandığının araştırılmasını istemiştir.¹¹

B. Sorumluluk - Teselsül - Üçüncü Kişi - Sigorta ve Rücu Kavramları

1. Sorumluluk Kavramı ve Sorumlulukların Çatışması

a. Sorumluluk Kavramı

Trafik-iş kazalarında sorumluluk sükeleri, ileride ayrıntılı olarak yer verileceği gibi olayın oluş şekline göre değişim gösterir. Örneğin, işçi bir trafik kazasında kusuru nedeniyle zarar vermiş ise, işçi bir sorumluluk süjesidir. Dolayısıyla işverende sorumludur. Eğer işçi, işin yürütümü nedeniyle trafikte bedensel zarara uğramış ya da ölmüş ise, işçinin konumuna göre *-yolcu ya da sürücü-* durum değişir.

Olayın trafikte meydana geldiği dikkate alındığında işçi eğer *yolcu* ise, taşıyan aracın işleticisi ve sürücüsü, zararı bir başka aracın katılımıyla gerçekleşmiş ise, karşı araç işleteni ve sürücüsü ve dolayısıyla sigortacılar *-sigorta şirketleri-* sorumluluk süjesi olarak göz önünde tutulur. İşçinin, sigorta açısından farklılığı 5510 sayılı Kanun'un devreye girmesiyle ortaya çıkar.

Sorumluluk sükeleri açısından, sorumlulukların hukuki niteliğine yer vermek gerekir. İş kazası halinde, işverenin sorumluluğu hakkında, öğretide baskın görüş olarak *kusur sorumluluğu* kabul edilmektedir. Bunun gerekçesi olarak, bu konuya yönelik normatif bir düzenlemenin yer almadığı ifade edilmektedir.¹²

Öğretide bizimde paylaştığımız görüşe göre, iş kazalarında işverenin hukuki sorumluluğu, tehlike sorumluluğudur. Bu görüşün gerekçesi konusunda tam bir birlik yok ise de ortak karakterleri kanun boşluğunun işçi yararına doldurulması düşüncesidir.¹³

¹¹ Y. 21. HD, K.T: 23.12.2019, 2019/3698 E., 2019/7932 K., E.T: 14.06.2024 (www.corpus.com.tr).

¹² Bkz. SÜZEK, s. 430; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 419; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1514.

¹³ ÇENBERCİ, Mustafa İş Kanununun Şerhi, Ankara 1986, s. 970-991; GÜRSOY, K. Tahir: "İşverenin Sorumluluğu (BK m.332, İş K. m.73)", AHFD, C. XXVI 1974, S. 1-4, s. 195, 196; EREN, Fikret: "Borçlar ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu", Ankara 1974, s. 89-93; KILIÇOĞLU, Mustafa: Tez, s. 52, 53. Yazar, TBK'ya tehlike sorumluluğu ile ilgili getirilecek bir hükmün kolaylık sağlayacağı düşüncesindedir. (s. 53). Nitekim TBK m.71'de

Yargıtay, önce tehlike sorumluluğuna yer vermiş, süreç içerisinde özellikle 818 s. e.BK m.332 (TBK m.417/f.2)'ye değinerek akdi sorumluluğa yer vermiş, nihai olarak özellikle 6331 s. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nu referans alarak objektifleştirilmiş *kusur sorumluluğunu* kabul etmiştir.¹⁴

Tehlike sorumluluğu, normatif açısından 818 s. e.BK'da yer almamış iken, 6098 sayılı TBK m.71'de "Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme" kenar başlığı altında yer verilmiştir.¹⁵

KTk m.85/f.1 metninde açıkça sorumluluğun, niteliğinden söz edilmemiş ise de *Yargıtay* kararlarında, işletenin ve teşebbüs sahibinin sorumluluğunun *tehlike sorumluluğu* olduğunu belirtmiş ve bu kararlar kökleşmiştir.¹⁶ KTK m.85/f.1, TBK m.71'e göre özel kanundur. Uygulama önceliği vardır. TBK m.71'deki tüm koşulların gerçekleşmesi durumunda işverenin sorumluluğunun kusur temeline dayanıp dayanmaması tartışmayı hak eden bir durumdur. *Süzek*, "önemli ölçüde tehlike arz eden işletme" söz diziminden hareketle, anılan maddenin *ikinci fıkrasındaki durumlarla sınırlı* olduğunu ileri sürmüştür.¹⁷ Ayrıca, m.71/f. sondaki denkleştirmenin *işçi aleyhine değerlendirilmemesi* görüşündedir.¹⁸

Kanaatimizce, bu durum bir anlamda *fedakârlığın paylaştırılması* prensibini çağrıştırmaktadır. Dolayısıyla, hüküm bu yönüyle *KTk m.85'ten ayrıştığını ileri sürebiliriz*. Ancak m.71/f.3'te yer alan, "*belirli bir tehlike hali için ön görülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır*." söz dizimi, KTK m.85'e bir anlamda atıfta bulunmaktadır. Özetleyecek olursak, TBK m.71'in *koşullarını içeren bir iş kazasında kusur sorumluluğuna gidilemez*. Olayın, trafik-iş kazası olması dahi gerekmez.

tehlike sorumluluğuna yer verilmiş ise de kusur sorumluluğu düşüncesi ağırlığını koymuştur; ayrıca bkz. **SENYEN KAPLAN, Emine Tuncer**: İş Hukuku, B. 13, Ankara 2023, s. 315-319.

¹⁴ Geniş açıklama için bkz. *Süzek*, s. 429-434; **KILIÇOĞLU, Mustafa**: Tazminat Hukuku, C. 1, İstanbul 2024, s. 97-102 ve s. 102'de yer alan Y. 10 HD K.T: 25.05.2023, 2022/3838 E., 2023/5980 K.

¹⁵ TBK, m.71, "*Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten mütessesilen sorumludur*."

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülürse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler".

¹⁶ Bkz. Y. 4. HD, K.T: 19.03.2013, 2012/4892 E., 2013/502 K. E.T: 14.06.2024 (www.corpus.com.tr); **KILIÇOĞLU**, Tazminat Hukuku, C. 1, s. 565-567.

¹⁷ **SÜZEK**, s. 435.

¹⁸ **SÜZEK**, s. 436.

Sorumluluğun tazminata yansması uygulanacak normatif düzenlemeye paralel ele alınır. İşverenin sorumluluğu var ise, bu günkü hukuki anlayışa göre, kusur temeline dayanan *objektifleştirilmiş kusur sorumluluğu* esas alınır. Trafik kazasına doğrudan katılanlar yönünden ise, işleten için *tehlike sorumluluğu*, sürücü için *kusur sorumluluğu* geçerlidir (KTK m.85/f.1).

Sorumluluk tipolojisi, sorumluluktan kurtaran sebepler açısından farklılık taşımaktadır. İşverenin sorumluluğu *kusur esasına* dayanması nedeniyle kusur yoksa sorumlulukta yoktur. Sürücü içinde durum aynıdır.

Tehlike sorumluluğu, kusursuz sorumluluğun *-objektif sorumluluğun-* ağırlaştırılmış hali olarak kabul edilir. Sorumluluktan kurtuluş halleri, zarar görenin ve üçüncü kişinin tam kusurlu *-ağır kusurlu-* olması ve mücbir sebep olarak gösterebilir. Ancak *kusur aranmaz*. Zarar verenin kusuru var ise *ek kusur* olarak değerlendirilir.¹⁹

Sigortacının sorumluluğu sigorta türüne göre değişkenlik arz eder. Ayrıca, sigortalının kimliği de önemli bir değişkendir.

b. Sorumlulukların Yarışması - Çatışması

Genel olarak, *birden fazla kişinin* aynı zarardan sorumluluğu hakkında, normatif olarak doğrudan bir düzenleme bulunmamakta ise de böyle bir durumda TBK m.114/f.2'de yer alan atıf uyarınca, haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanacağını göz önünde bulundurmak gerekir.²⁰

Sözleşmeden doğan bir borçta alacaklı, *başka sözleşmeler* ya da *kanundan doğan borçlulara*, sebeplerin yarışmasından yararlanarak borçlulardan her biri tek başına takip edilebilir, diğer sorumlular ise, rücu rejimine tabi olur.²¹

Sorumlulukların çatışması durumda-örneğin, tehlike sorumluluğu ile kusur sorumluluğu, tehlike sorumluluğu ile sebep sorumluluğu vs.- çözüm tektir. Zararın paylaşımı zarara neden olma oranlarına göre çözümlenir.²²

Birden fazla kişiden birden fazla sorumluluk sebeplerinin birleşmesi *-yani sorumlulukların çatışması halinde-* halinde, *teklik ilkesi* (Ausschlussgrundsatz) (Ausschlussgrundsatz) uygulanır.²³ *Yarışma ilkesi* (Konkurrenzgrundsatz) ya da *seçme ilkesi* (Alternativgrundsatz) uygulanmaz.²⁴

¹⁹ Bkz. EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, B. 1, 2023, s. 1585-1599.

²⁰ TERCİER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 394, p. 1256.

²¹ TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 394, p. 1258 - s. 583, p. 1929.

²² YILMAZ, Hamdi, "Tehlike Sorumluluğunun ve Sorumluluğunun Çatışması", Y.D., C. 21, S. 3, Temmuz 1995, s. 70; KILIÇOĞLU, Mustafa: Tazminat Hukuku, C. 1, İstanbul 2024, s. 658.

²³ EREN/DÖNMEZ, Şerh, C. II, s. 1598.

²⁴ EREN/DÖNMEZ, Şerh, C. II, s. 1598.

O halde, trafik-iş kazalarında sorumluluk tipolojisi olarak KTK m.85'te yer alan *tehlike sorumluluğu* işleyen ve teşebbüs sahibi için uygulanacak *tek sorumluluk ilkesidir*. Buradan hareketle işverenin sorumluluğu, olayın, trafik-iş kazası olarak gerçekleşmesi durumunda tehlike sorumluluğudur. Aynı sonuca, TBK m.71'in kıyasen uygulanması ile de varabilir.

2. Müteselsillik

Kusur-kusursuzluk esasına göre şekillenir. Kusurun belirlenmesi, çalışmanın ileriki aşamasında değinilecektir. Bu nedenle burada teselsül hükümleri incelenecektir. *Müteselsil sorumluluk*, TBK 61. ve 62. maddelerinde "*sorumluluk*" bağlamında düzenlenmiştir. TBK m.61 "dış ilişkide", TBK m.62 "iç ilişkide" müteselsillik işlenmiştir. Aynı zarardan birden çok kişinin sorumluluğundan, "sorumluluğun paylaşılması", "sorumlulukların toplanması" ve "sorumlulukların yarışması" şeklinde hukuk politikasınca düzenlenen ilkeler var ise de *-zararın tamamının karşılanmasına kadar tüm yükümlülerin sorumluluklarının devam etmesini* adlandıran taleplerin yarışması-*sorumlulukların yarışması- ilkesine* uygun bir düzenleme olduğu söylenebilir.²⁵ Bir bakıma, TBK m.61 ve 62'de anılan ilkenin hukuki görüntüsüdür. "Teselsül" olarak yapılan ikinci düzenleme TBK m.162-169 arasında, "Borç İlişkilerinde Özel Durumlar" hüküm başlığı altında yer almıştır. Alt ayırımında "dış ilişkiler" (m.163-166), "iç ilişkiler" (m.167, 168) ve son olarak da "müteselsil alacaklılık" (m.169) hükümleri bulunmaktadır.

Trafik-iş kazası söz konusu olduğunda özel olarak düzenlenmiş olan KTK m.85/son'da yer alan hüküm, rücu ilişkisinden söz eder. Aynı Kanun'un, 88. maddesinde müteselsil sorumluluk ele alınmıştır. 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinde de işveren ve üçüncü kişilerin sorumluluğuna yer verilirken, bir anlamda *rücu*yu da düzenlemektedir. Trafik-iş kazası temelde, bir haksız fiildir. Tazminatın borç konusu oluşu nedeniyle borç ilişkilerine yönelik hükümleriyle şekillenir. Söz konusu olayın trafik kazası olması nedeniyle, KTK özellikle kusurun belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. İşçinin zarar görmesiyle de 6331 sayılı ve 5510 sayılı Kanunların yeri geldikçe üzerinde durulması gerekecektir.

3. Üçüncü Kişi Kavramı

Üçüncü kişi kavramı, en genel haliyle sözleşme tarafları dışındakileri kapsar. *Trafik-iş kazası* kavramında *üçüncü* kişi kavramını, iş sözleşmesi dışındaki kişi/kişiler *-hatta işverenin diğer bir işçisi-* olarak ele almak gerekir. Dolayısıyla zarar gören işçiye, zarar veren *kişi-kuruluşlar üçüncü* kişidir.²⁶ Ancak işveren için-

²⁵ EREN/DÖNMEZ, Şerh, C. II, s. 1416-1417.

²⁶ CİVAN, "İş Kazası veya Meslek Hastalığında Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları", s. 577.

cü kişi sayılmaz. Trafik kazası özünde haksız fiildir. Dolayısıyla olayın oluş şekli üçüncü kişi kavramını şekillendirir. Bu da mahkemelerin görevinin belirlemesinde esaslı bir unsur teşkil eder.

Genel olarak iş hukukunda, işçi ve işveren dışında kalanlar üçüncü kişidir. Üçüncü kişi kavramı, işverenin “diğer bir işçi” kavramından farklıdır. Çünkü kanun koyucu örneğin, m.24/2’de “üçüncü kişi” kavramı ile “diğer bir işçi” kavramını aynı söz diziminde *ayrı ayrı* kullanmıştır.

Trafik-iş kazalarında, işçinin zarar görmesi durumunda, eğer işçi, işverenin aracında değil ise, üçüncü kişi işçinin bedensel zarara uğramasına neden olan araç işleteni-teşebbüs sahibi-sürücüsüdür.

Sigorta hukuku açısından bakıldığında, sigortacı ile işleten arasında sigorta sözleşmesi olduğundan, zarar gören kişi sigortacı için üçüncü kişidir.

KTK m.88 üçüncü kişi kavramını, zarar gören olarak ele almıştır. Birden fazla kişi tazminatla yükümlü ise müteselsil sorumlu olacağı belirtilmiştir.²⁷

KTK m.86/f.1’de *üçüncü kişinin ağır kusuru* sorumluluktan kurtuluş nedeni olarak belirlenmiştir.²⁸ Nitekim *Yargıtay*, trafik-iş kazası ile ilgili bir kararında, *üçüncü kişinin ağır kusurlu* olup olmadığını, *nedensellik bağı* bağlamında irdelemesini gereğine vurgu yapmıştır.²⁹

Yargıtay HGK, sürücüsünün %100 kusuru sebebiyle tek taraflı bir trafik kazasında, destekten yoksun kalan hak sahiplerinin, işleten ve sigortacısına açtığı maddi ve manevi tazminat davasında, *sürücünün üçüncü kişi* kabul edilemeyeceği düşüncesi ile, Özel Daire yönünde görüş bildirerek yerel mahkemenin direnmesini bozmuştur.³⁰ Başka bir anlatımla dava ret ile sonuçlanmıştır.

²⁷ KTK m.88, “Bir motorlu aracın katıldığı bir kazada, bir üçüncü kişinin uğradığı zarardan dolayı, birden fazla kişi tazminatla yükümlü bulunuyorsa, bunlar müteselsil olarak sorumlu tutulur. (Değişik: 17/10/1996-4199/31 md.) Birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda, bunlar arasındaki ilişki bakımından zarar, olayın bütün şartları değerlendirilerek paylaşılır. Özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaşılmasını haklı göstermedikçe, işletenler ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kusurları oranında zarara katlanırlar.” olarak yer almıştır.

²⁸ KTK m.86/f.1, “İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.” ifade edilir.

²⁹ Y. 10. HD, K.T: 28.11.2023, 2022/11978 E., 2023/12009 K. E.T: 15.06.2024 (www.corpus.com.tr); söz konusu kararda, işverenin servis aracı ile gece vardiyasından eve dönüş yollunda yolcu olan işçi, kırmızı ışıkta durmayan ve alkollü bir sürücünün servis aracına çarpması ile %9,3 oranında iş göremez durumuna düşmüştür. Kararda ayrıca, ceza davasındaki maddi olgularında değerlendirilmesi istenmiştir.

³⁰ YHGK, K.T: 07.02.2024, 2022/1131 E., 2024/75 K., E.T: 12.07.2024 (www.corpus.com.tr), Yargıtay söz konusu kararında, 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Genel Şartları (KMAZMSGŞ) A.2, A.3, A.5 ve A.6 maddeleri ile KTK m.85,

4. Sigorta Kavramı

a. Genel Olarak

Sigorta, kişilerin yaşamda karşılaştığı olaylardan doğan zararların ekonomik külfetinden kendilerini korumak için, önceden *-zarar doğmadan-* tedbir alma ihtiyacından doğmuştur.³¹

Sigorta hukukunun ayrımı oldukça karmaşıktır. Genel olarak, “*sosyal sigorta hukuku*” ve “*özel sigorta hukuku*” olarak iki ayrı dala ayrılır.³² Öğretide *Çeker*, sigorta hukuku açısından değil *sigortalar* açısından bir ayrıma tabi tutmuştur. Buna göre, zarar sigortaları- “*mal sigortaları*” ve “*sorumluluk sigortalarını*” içerir- hayat sigortaları olmak üzere sigorta türlerini somutlaştırmıştır.³³

Genel sınıflamadan, alt ayrımlara gitmek konumuz açısından önemlidir. Sosyal sigorta hukuku, ağırlıklı olarak 5510 sayılı Kanun’un emredici hükümlerine tabidir. Konumuzla sınırlarsak, kısa vadeli sigorta kolları -*iş kazası meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası*- uzun vadeli sigorta kolları -*malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası*- nihai olarak da *genel sağlık sigortası* sosyal sigorta şemsiyesi altında kabul edilir.³⁴ Tüm sigorta türleri işçi merkezlidir.

Özel sigortalar Türk Ticaret Kanunu’na (TTK) göre, zarar sigortaları -kendi içinde “*mal sigortaları*”, “*sorumluluk sigortaları*”- ve “can sigortaları” -kendi içinde “*hayat sigortaları*”, “*kaza sigortaları*”, “*hastalık ve sağlık sigortaları*”- alt ayrımına tabi tutulur.³⁵

Sigorta hukukunda, “sigorta sözleşmesi”, “sigortacı”, “sigorta ettiren” ve “sigortalı” kavramları, temel kavramlardır. *Sigortacı*, rizikoyu karşılayan, *sigorta ettiren*, sigortacıya prim ödeyip belirli rizikoyu sigortacı yolu ile güvence altına alan; *sigortalı* ise sigorta sözleşmesi ile menfaatleri garanti altına alınan kişidir.³⁶ Başka

86 ve 92. maddeleri irdelenmiş, işletenin üçüncü kişi kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır. KTK m.92/f.1.j’ye göre karar hukuka uygun olmakla birlikte, bu hükmün yasaya getirilişi destekten yoksun kalma tazminatı hukuki niteliği ve hakkaniyet duygusu ile örtüşmediği söyleyebiliriz.

³¹ **KENDER, Rayegan:** Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, B. 8, Ankara 2005, s. 2.

³² **AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet:** Sigorta Hukuku, B. 6, Ankara 2023, s. 1; ayrıca bkz. **TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer/GÜLVER, Ender:** Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, B. 22, İstanbul 2023, s. 16-18; yazarlar sigorta sistemini sosyal güvenlik teknikleri içerisinde ele almıştır. Aynı eser, s. 16.

³³ **ÇEKER Mustafa:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku, B. 27, Adana 2023, s. 135-343; *Güleç Uçakhan, sigorta sözleşmeleri* açısından bir ayrıma gitmiş; bu bağlamdan, sigorta sözleşmelerimim “zarar sigortaları”, “can sigortaları” olarak sınıflandırmıştır. **UÇAKHAN GÜLEÇ:** Sigorta Sözleşmelerinin Sınıflandırılması, Sigorta Davaları, Ed: **TOPALOĞLU, Mustafa/DİNÇ, Mutlu:** B. 3, Ankara 2022, s. 171-181.

³⁴ **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR,** s. 4.

³⁵ **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR,** s. 7.

³⁶ **ÇEKER,** s. 62, 63.

bir anlatımla, sigorta sözleşmesinden doğan borçları sigorta ettiren karşılar. Sigorta sözleşmesinden doğan tazminatı/bedelli talep etme hakkı sigortalıya ait olur.³⁷ Sigorta ettiren ile sigortalının aynı kişi olmasında bir engel de bulunmamaktadır.³⁸ Sigorta sözleşmesi, sözleşme taraflarının hak ve borçlarını düzenler. Klasik sözleşme ilkelerine tabidir. İsteğe bağlı sigortalara şimdilik değinmeyeceğiz.

Zarar sigortaları, sözleşmede gerçekleşen rizikonun oluşturduğu zarar bedelinin TTK m.1461/f.1'e göre karşılar. Sigortalıya, TTK m.1459'a göre fazla bir ödemede bulunamaz.³⁹

Meblağ sigortaları (TTK m.1401) *-can sigortaları bu kapsamdadır-* zarar koşul değildir. Sigorta sözleşmesindeki olayın gerçekleşmesi yeterlidir.⁴⁰

Zarar sigortalarında temel ilke, malın değeri sigorta bedeline eşit olup, sigortacı sigorta ettirenin *halefi olup* karşı tarafa dava açabilecekken, *meblağ sigortalarında* konu insan olduğundan, sigorta bedelinin sigorta değerini aşmaması kuralına tabi *-zenginleşme yasağına-* değildir, *halefiyet ilkesi uygulanmaz.*⁴¹ *Başka bir anlatımla, zararın tazmin edilmesi, sigorta ettirenin zarara sebep olana başvurusunu engellemez.*⁴²

Yargıtay, özel sigortaları kapsayan bir kararında taşıma ilişkilerinde, sorumluluk sigortalarını, Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası (ZKTMSS), Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (ZMMS) ve İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası (İMSS) olarak *sıralamaya tabi tutmuştur.* Sonuç olarak da ZMSS'e sigortasına, ancak ZKTMSS'nin limiti aşan kısım için başvurulabileceği, aşmaması halinde *doğrudan zorunlu mali sorumluluk sigortasına başvurulamayacağı* belirtilmiştir.⁴³

Konumuza indirgersek, 5510 sayılı Kanun'u sosyal sigorta hukukunun normatif dayanağıdır. Buradaki halefiyetin temelinde ileride ayrıntısı ile açıklanacağı üzere *basit rücu* vardır.

ZMSS ve İMSS *sorumluluk sigortaları*, hayat sigortası ve kaza sigortası *can sigortası*, kasko sigortası ise *mal sigortası* kapsamındadır.⁴⁴

³⁷ ÇEKER, s. 63.

³⁸ ÇEKER s. 63.

³⁹ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 8, 9.

⁴⁰ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 10.

⁴¹ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 10.

⁴² AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 10.

⁴³ Y. 17. HD, K.T: 22.12.2015, 2013/20111 E., 2015/14790 K., E.T: 05.07.2024 (www.corpus.com.tr); söz konusu kararda, Yargıtay, sigortaları "*zarar sigortası*", "*tutar (meblağ) sigortası*" olarak ayrıma tabi tutmuş; zarar sigortalarında zararın tutarının ödeneceği, meblağ sigortalarında ise poliçedeki "*sigorta bedelinin*" tam olarak ödenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Karayolu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortasını (ZFKS) meblağ sigortası kapsamında göstermiştir.

⁴⁴ ÇEKER, s. 175 vd.

İşveren Sorumluluk Sigortası, yukarıda sayılan sigortaların dışında - İş Kanunu, Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu'nda bu konuda düzenleme yoktur - bir sorumluluk sigortası türüdür.⁴⁵

Referansı, *İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarıdır* (İSSGŞ). Anılan genel şartların ilk maddesinde, sözleşmenin, iş kazaları sonucunda işverenin sorumluluğunu -tazminat yükümlüğünü- Kurumun sağladığı yardımların üstündeki ve dışındaki tazminat talepleri ile Kurumun işverene karşı açtığı rücu davaları konusu tazminatı karşılamak amacıyla yapıldığı belirtilmiştir.⁴⁶ *Trafik-ış kazası da iş kazası olduğundan bu sigorta türü de uygulama alanı bulur.*

b. Trafik-İş Kazalarında Sigorta Kavramı

Trafik-ış kazalarının oluş şekli sigorta türünü de belirler. İşçinin trafik kazası sonucu yaralanması veya ölmesi durumunda, aynı zarardan birden çok kişinin sorumluluğuna gidilir. Dolayısıyla da sigortalar farklılaşacaktır.

Trafik sigortası, sorumluluk sigortası kapsamındadır. Hayat sigortası, kaza sigortası, hastalık ve sağlık sigortası *can sigortalarıdır*. Hastalık ve sağlık sigortası *can sigortalarının alt türlerindedir.*⁴⁷

c. Sosyal Güvenlik Hukukunda Sigorta Kavramı

Onun bu emredici/kamusal karakteri, diğer özel hukuk türlerinden ayrımında önem taşır. Sosyal Güvenlik Hukuku ise çekirdeğinde yaşam hakkı olan temel haklar manzumesindedir. İnsanı, sağlık ve sosyal açıdan korumayı hedefler. 5510 sayılı Kanun, bu bağlamda çıkmış ve önceki Kanuna göre, -506 s.K.- daha kapsayıcı ve çağdaş bir içerik taşır.

Konuyla sınırlı olarak, 5510 s.K'nın, 21, 23, 39 ve 76. maddelerinde, özellikle kusur, rücu, sorumluluk bağlamında düzenlemeler bulunmaktadır.⁴⁸ 5510 s.K'nın 21. maddesi "İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu" kenar başlığı ile düzenlenmiştir. Madde

⁴⁵ Bkz. **BİRİŞİK, Faik**: "İşveren Sorumluluk Sigortası, Sigorta Davaları", Ed. **TOPALOĞLU/DİNÇ**, B. 3, Ankara 2022, s. 1257.

⁴⁶ İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m.1 "Bu poliçe, işyerinde meydana gelebilecek iş kazaları sonucunda işverene terettüp edecek hukuki sorumluluk nedeniyle işverene bir hizmet akdi ile bağlı ve Sosyal Sigortalar Kanununa 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 meblağlara kadar temin eder".

⁴⁷ **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 7.

⁴⁸ Bkz. **CİVAN, Orhan Ersun**: "İş Kazası veya Meslek Hastalığında Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları", AÜHFD, 64(3) 2015: 531-594, s. 533.

metininde iki sorumluluk süjesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki *işveren*,⁴⁹ ikincisi *üçüncü kişilerdir*.⁵⁰

İlk fıkrada işverenin sorumlu tutulabilmesi için, işverenin *kastı* ya da sigortalıların *sağlığını koruma ve iş güvenliği normlarına aykırı hareketi* olmalıdır. Kanun koyucu, kusur açısından *kastı* koşul olarak belirtirken sorumluluğu *daraltmış*, ancak işçinin sağlığını koruma ve iş güvenliği açısından *geniş bir sorumluluk* alanı çizmiştir.

6331 sayılı İSGK'da, işverenin yükümlüğü ayrıntılı olarak belirtilmiştir.⁵¹ Sözü edilen hükmün dördüncü fıkrasında, iş kazası ve meslek hastalığı halinde *üçüncü kişinin sorumluluğu*, *kusurla* sınırlandırılmıştır. Halbuki ilk fıkrada, "sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı hareket ..." söz dizimi ile işverenin hukuki sorumluluğu genişletilirken, üçüncü kişi yönünden bir daraltma söz konusudur. Ayrıca "sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan geliri başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı ..." söz dizimiyle de ilk fıkraya göre peşin sermaye değeri azaltılmıştır.

5510 s.K.'nın 39. maddesi, "Uzun vadeli sigorta kolları bakımından üçüncü kişinin sorumluluğu" kenar başlığı ile düzenlenmiştir.⁵² Anılan hüküm sorumluluk koşullarında, "kast" aranmıştır. Üçüncü kişi ile işveren-sigortalı ilişkisi bulunmadığı için üçüncü kişiye bu hükümle yaptırım uygulanarak, Kuruma gelir kazandırmak amaçlanmıştır.⁵³ Burada üçüncü bir kişi kavramı, Kurum, sigortalı, hak sahipleri ve işveren dışındakileri içerir.⁵⁴

⁴⁹ SSGSK m.21/f.1, "*İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır*".

⁵⁰ SSGSK m.21/f.4, "*İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir*".

⁵¹ Bu konuda farklı görüşler için bkz. **ASLANKÖYLÜ, Resul:** Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2015, s. 817.

⁵² SSGSK m.39, "*Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir. Malûllük, vazife malûllüğü veya ölüm hali, kamu görevlilerinin veya er ve erbaşılar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan aylıklar için Kurumca, kurumuna veya ilgililere rücu edilmez*".

⁵³ **ASLANKÖYLÜ, Resul:** Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Şerhi, C. II, Ankara 2015, s. 1397.

⁵⁴ **ASLANKÖYLÜ, C. II, s. 1398.**

d. Ticaret Hukukunda Sigorta Kavramı

6102 sayılı TTK “Sigorta Hukuku”, “Altıncı Kitapta” oldukça geniş olarak ele alınmıştır. “İkinci Kısım” da “Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümlere yer verilmiştir. “Birinci Bölüm” altında, Zarar Sigortaları- Mal Sigortaları (m.1453-1472), Sorumluluk Sigortaları (m.1473-1486) ve “İkinci Bölüm” altında da Can Sigortaları-Hayat Sigortaları (m.1487-1506), Kaza Sigortası (1507-1510), Hastalık ve Sağlık Sigortası (m.1511-1520)- yer almaktadır.

Ticaret Hukuku tüm özel hukuk alanları gibi, sözleşme temeline dayanır. Kanun koyucu bu nedenle, öncelikle sigorta sözleşmesini tanımlamıştır.⁵⁵

Tanımın esaslı unsurları, “prim karşılığı”, “para ile ölçülebilir menfaat”, “rizikonun meydana gelmesi”, “tazmin” gibi kavramlardır. Oldukça geniş olan bu unsurlara, incelememiz kapsamında yer vermek oldukça zordur. Ancak şunu diyebiliriz, trafik-iş kazalarından doğan bedensel zararlarda, koşulları var ise sorumluluk sigortası, hayat sigortası, kaza sigortası, hastalık ve sağlık sigortası uygulanır. Özellikle rücu davalarında bu durum sıkça karşımıza çıkar.

5. Halefiyet Kavramı

Karayolunda meydana gelen bir kazada, ZMSS’ye göre, karşı tarafın zararı sigortacı tarafından karşılanır. Dolayısıyla sigortacı, sigortalı ya da sigorta ettirene halef olur. Zarardan sorumlu olana rücu eder.⁵⁶

Sigortacının halefiyet hakkı, TTK m.1481/f.1’de düzenlenmiştir. Buna göre, “Sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigortalı yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur.” yani halef olur. Bu halefiyet kanundan doğar.⁵⁷

Can sigortaları, kişinin kaza sonucu ölümü, geçici ya da sürekli engellik gibi halleri kapsar. TTK m.1487-1520 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ancak can sigortalarından hayat sigortasında TTK m.1491/f.3’e göre sigortacıya halefiyet hakkı tanınmamıştır.⁵⁸

⁵⁵ TTK m.1401/f.1, “*Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir.*”

⁵⁶ **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 371.

⁵⁷ **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 372.

⁵⁸ **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 375, yazarlar kaza sigortasında tedavi giderlerinde sigortacının halefiyet hakkı olduğu görüşündedirler.

6. Rücu Kavramı

Rücu kavramının normatif bir tanımı yoktur. Ancak içeriğini ve işlevini belirtmeye yarayan söz dizimine rastlanır. Örneğin, TBK m.62'de yer alan ve müteselsil sorumluluğun iç ilişkideki konumunu belirten hükme göre, "Tazminatın kendi payına düşenden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için diğer müteselsil sorumlulara karşı *rücu* hakkına sahip ve zarar görenin haklarına *halef* olur" (TBK m.62/f.2). Bu düzenlemede, rücu kavramı yanında *halefîyet* (ardıllık) kavramına yer verilmiştir.

Az yukarıda kısaca değindiğimiz sigortacı/sigorta şirketi, sigortalının halefidir.

Dolayısıyla, zarar gören üçüncü şahıs sigortacıya başvurabilir (KTK m.88/f.1).

KTK m.95'te rücuya ilişkin iki ayrı duruma yer verilmiştir. *İlk fıkrada*, sigorta sözleşmesinde ya da anılan sözleşmeye ilişkin, kanunda yer almış ve bu yolla tazminat yükümlüğünün kaldırılması veya azaltılmasını sağlayan haller varsa, bunun zarar görene ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Böylece *zarar gören* korunmuştur.

İkinci fıkrada ise, sigortacıya bir olanak tanınmıştır. Burada sigorta ettirenlerin eylemi ele alınmıştır. Sigortacı, ödemedede bulunmuş, ancak sigorta ettiren/sigortalının eylemi, sözleşmede ya da kanunda tazminatın kaldırılması ya da azaltılması sonucu doğruyorsa, o oranda sigortalıya dönebilecek yani rücuda bulunabilecektir. Burada sigortacı korunmuştur.

Özetleyecek olursak, rücu kavramının normatif dayanakları, hukuki alanlara göre değişir. Sorumluluk alanında, TBK m.62, sözleşme hukuku alanında TBK m.167, trafik kazaları açısından ise KTK m.88/f.2'dir.⁵⁹ Sosyal Güvenlik Hukukunda, 5510 sayılı Kanun'un çok sayıda hükümleri söz konusu olur.

Sosyal Güvenlik Hukuku açısından rücutun genel anlatımı, SGK'nın sigortalı işçi için her türlü gider ve ödemeleri, onun zarara uğramasına neden olanlardan istemesidir.⁶⁰

Trafik-iş kazalarında tek düze bir rücutan, özellikle özel sigortalar söz konusu olduğunda etmek zordur. Somut olayın özellikleri bağlamında değişkenlik arz eder. Örneğin, *Yargıtay*'ın bir kararında vurguladığı üzere, *ferdi kaza sigortalıları, can sigortası türünden olup, meblağ sigortasıdır*. Sigorta şirketi sigortalıya yaptığı ödemeyi halefîyet yoluyla kazaya neden olandan *rücutan talepte bulunma hakkı yoktur*.⁶¹

⁵⁹ EREN/DÖNMEZ, Şerh, C. II, s. 1433.

⁶⁰ ERTÜRK, Şükran: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016, İstanbul 2018, s. 867.

⁶¹ Y. 17. HD, K.T: 13.07.2020, 2018/6134 E., 2020/4763 K., E.T: 05.07.2024 (www.corpus.com.tr).

II. TRAFİK-İŞ KAZALARINDA SORUMLULUK SÜJELERİNİN ARALARINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN TAZMİNATA YANSIMASINDA ZORUNLU UNSURLAR VE TAZMİNATIN PAYLAŞIMI

Trafik-iş kazasında, ancak işçi bedensel zarara uğrar ise-eyyada zarar görebilir-doğal olarak zarara uğrayan işçi ya da ölümü halinde desteğinden yoksun kalan hak sahipleri, sorumlular aleyhine tazminat davası açabilirler. Yaralanma halinde maddi tazminat-manevi tazminat, ölüm halinde destekten yoksun kalma tazminatı bu tür tazminatlardandır.

Bedensel zarara uğrayanın, zarar miktarının belirlenmesi, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) 17.7.2020 tarihli, 2019/40 E., 2020/40 sayılı K. sayılı iptal kararı ile KTK m.90'daki "genel şartlar ibaresini" iptal etmesinden dolayı, TBK m.49 ve 50 uyarınca yapılır.

Ancak işçi söz konusu olduğunda, her ne kadar zarar kavramının çekirdeğinde haksız fiil var ise de 5510 s.K.'nın konuya ilişkin hükümleri ayrıca özellikler arz eder. İleride ayrıntısıyla söz edileceği gibi, konu rücu ve sigorta eksenine kaydığında durum daha da karmaşık hale gelir.

A. Trafik-İş Kazasında Görevli Mahkeme

Yargı yolu açısından konuya yaklaşıldığında 2918 s. KTK m.110 (Değ: 11.1.2011-6099 14) oldukça yol göstericidir.⁶² İşleteni ve sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların verdikleri zarardan doğan sorumluluk davalarında, bakım ve görüm yeri *adli yargıdır*.⁶³

Trafik-iş kazasında görevli mahkemenin belirlenmesi her zaman kolay olmayabilir. Bu durumun sebebi, somut olayın ortaya çıkardığı *değişkenlerdir*. Özellikle zincirleme trafik kazalarında sigortaların devreye girmesi ve zarara katılanlar arasındaki rücu ilişkisi, konuyu daha da karmaşık hale getirmektedir.

⁶² KTK m.110, "İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır. Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabilceği gibi kazanın vuku bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir".

⁶³ Yargıtay bir kararında, KTK m.110'un son halini değerlendirmiş, anılan hükmün iptali istenilip AYM'ce ret edilen 26.12.2013 tarihli, 2013/68-165 E-K. kararının ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin (UM), 11.04.2016 tarihli, 2016/163-210 E-K. sayılı ve 24.09.2018 tarihli, 2018/530-467 E-K sayılı kararlarını referans göstererek, yerleşik uygulamalarında İdari Yargı, yargı yolu olarak benimsemiştiydi-döndüğünü belirtmiş -*adli yargı yolu olarak*- yargı yolunu somutlaşmıştır. (4. HD, K.T: 03.06.2021, 2021/49 E., 2021/2378 K; SERTKAYA/KARAKAYA, s. 1124-1126.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İş MK) m.5'te iş mahkemelerinin görevi emredici olarak belirtilmiştir.⁶⁴

Anılan maddenin (a) bendinde, *işçilerle, işveren veya işveren vekilleri arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyumsuzluklarında* iş mahkemeleri görevli kılınmıştır. Burada iş ilişkisi kavramı önem taşır. Çünkü 4857 sayılı İş K.'nın bazı maddelerinde -m.11, m.12, m.13,15,16- sözleşme türlerine, bazılarında ise *iş ilişkilerine* -m.2/f.6, m.7- yer verilmiştir.

Yine aynı maddenin (b) bendinde, Sosyal Güvenlik Kurumu ya da Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu *iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklarda* iş mahkemeleri görevli kılınmıştır. Son olarak da diğer kanunlarda iş mahkemelerine görev yönüyle atıfta bulunulması durumuna dikkat çekilmiştir. Başka bir anlatımla, burada da iş mahkemeleri görevli kılınmıştır. 5510 s.K.'nın 101. maddesi "Uyumsuzlukların Çözüm Yeri" kenar başlığı ile düzenlenmiştir. Anılan hükme göre 5510 s.K.'da aksine bir hüküm gösterilmemiş ise, bu Kanun'dan doğan uyumsuzluklar iş mahkemelerinde görülecektir.

Trafik-iş kazası uyumsuzluğunun, tarafların *işçi-işveren* ya da *işveren vekili* arasında gerçekleşmesi, *iş ilişkisi* nedeniyle oluşması, *sözleşmeden* ya da *kanundan doğması* halinde iş mahkemesinin görevli olduğu, İş MK m.5/(a)'nın amir hükmü gereğidir. Bu sayılanların yanında trafik kazalarında, 5510 s.K.'nın 13. maddesinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Aktif husumette ya da pasif husumette özellikle rücu ilişkilerinde, SGK'nın ve özel sigortaların yer alması durumu iş mahkemesinin görevini etkilemez.

Kazanın oluş yerine ilişkin bir önemli ölçüt, 4857 s.K. m.2'de yer alan iş-yeri tanımıdır. Hükümde yer alan *iş organizasyonu* kavramı en önemli tutamak noktasıdır.

Aynı Kanun'un 66. maddesinde ifade edilen, *çalışma süresinden sayılan hal-lerde* de meydana gelen kaza, iş kazası sayılır. Ancak bu durum, bir uyumsuzluk konusu olup durum yargıya yansır ise, mahkeme kararının olumlu yönde sonuçlanıp *kesinleşmesi gerekir*. Aksi halde *iş mahkemesi* görevli sayılmaz. Nitekim *Yargıtay*, bir kararında bu durumu açıkça vurgulamıştır.⁶⁵

⁶⁴ İş MK m.5, "İş mahkemeleri; a) 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemi adamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyumsuzluklarına, b) İdari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyumsuzluklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklara, c) Diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyumsuzluklara, ilişkin dava ve işlere bakar".

⁶⁵ YHGK, K.T: 22.10.2019, 2016/2185 E., 2019/1109 K., E.T: 16.06.2024 (www.corpus.com.tr); söz konusu kararda Yargıtay, trafik-iş kazası iddiasıyla açılan destekten yoksun kalma tazminatı da-

Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesinin eldeki davaya yönelik kararını -K.T: 23.10.2017, 2017/498 sayılı kararı- referans alarak da *devlet memuru* olarak belediyede çalışan şoförün tek taraflı yaptığı kaza sonucun ölmesi üzerine destek yoksun kalan hak sahiplerinin açtığı maddi ve manevi tazminat davasının bakım ve görüm yerinin iş mahkemesi olduğuna hükmetmiştir.⁶⁶

Birden fazla aracın çarpışması, araçlardan birinin işverenin işçisi tarafından kullanılması ya da yolcu olması hallerinde, *üçüncü kişinin kusuru dolayısıyla sigorta şirketleri ve SGK'nın yargılamada yer alması gerekir*. Böyle durumlarda tarafların kusurları belirleyici öğedir.

İşçi, işverenin görevlendirmesiyle trafikte gördüğü bedensel zararda, işvereni davalı gösterebilir. İşverenin yanında davalı olarak kusurlu üçüncü kişiler var ise, kendilerinin sigorta şirketleri de davada yer alırlar.

SGK'nın davacı veya davalı gösterilen uyuşmazlıklarda, davanın bakım ve görüm yeri *iş mahkemesidir*. Kaza geçirenin sigortalı olması koşuluyla, eylemin iş kazası ya da trafik-iş kazası olmasına bakılmaksızın iş mahkemeleri görevlidir.⁶⁷

Görevli mahkemenin belirlenmesinde hareket noktamız davacı ve davalı arasındaki *hukuki ilişkinin niteliğidir*. Bunun ayrı hali göreve ilişkin bir kanun maddesiyle yapılan belirlemelerdir. Davacısı işçi, davalısı işveren olan davalarda görevli mahkeme kolayca belirlenebilir. Ancak sorun, *özel sigortaların* da devreye girdiği, rücu ilişkisi açısından bakıldığında biraz daha karmaşık hale gelir. Bu konuya da fazla yayılmadan değinmek isabetli olacaktır. Bu uyuşmazlıklara ilkesel bazda yaklaşan *Yargıtay*, 22.03.1994 tarihli, 37/9, R.G: 03.07.1944 yayınlanan *Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararına* atıfta bulunarak, sigortacının sorumlu kişi-olay otobüsün ölümlü ve yaralanmalı kazaya sebebiyet verdikten sonra- aleyhine açılacak davanın policeden doğmadığı, *halefiyetin ticari dava* sayılmayacağı, 6102 s. TTK m.3,4/f.1 ve 5. maddesine gönderme yaparak ancak hükümde belirtilen hallerde *Asliye Ticaret Mahkemesinin görevli* olabileceği belirtilmiştir.⁶⁸ Başka bir anlatımla, anılan kararda her iki tarafından tacir olması durumunda asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu vurgulanmıştır.

vasında, iş kazası tespit davası retle sonuçlanmıştır. Anılan karar *Yargıtaydan* geçerek kesinleşmiştir. Bunun üzerine, eldeki davanın iş mahkemesi sıfatı ile görülemeyeceği sonuca varmıştır.

⁶⁶ Y. 10. HD, K.T: 10.01.2023, 2022/9963 E., 2023/120 K. E.T: 16.06.2024 (www.corpus.com.tr); anılan kararda murisin %100 kusurlu oluşu nedeniyle nedensellik bağının kesildiği kabul edilerek, dava ret ile sonuçlanmıştır.

⁶⁷ Y. 10 HD, K.T: 27.12.2023, 2023/12191 E., 2023/13601 K., E.T: 16.06.2024 (www.corpus.com.tr).

⁶⁸ Y. 20. HD, K.T: 15.10.2015, 2015/7043 E., 2015/9287 K., E.T: 06.08.2024 (www.corpus.com.tr); anılan Kararda yer alan hükümler şu şekildedir, "TTK m.3/1, Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir. TTK m.4/f.1, Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; a) Bu Kanunda, b) Türk Medeni Kanununun, rehin karşı-

Sigortacı ile sigortalı arasındaki sözleşmeye aykırılık nedeniyle açılacak davaların bakım ve görev yerinin *tüketici mahkemeleri* olduğu *Yargıtayın* başka bir kararında belirtilmiştir.⁶⁹

Güvence Hesabı uyarınca yapılan ödemelerin daha sonra sorumlular aleyhine açılan rücu davalarında, görevli mahkemenin belirlenmesi için, 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliyeleri Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanunu’nun 35. maddesine göre yapılan istem üzerine, *Yargıtay Dördüncü Hukuk Genel Kurulu*, uyuşmazlığın *genel görevli mahkemelerde* görülmesi kararına varmıştır.⁷⁰

B. Zorunlu Unsurlar

1. Zarar Unsuru

Trafik-iş kazası, özünde iş kazasıdır. İşçinin bedensel zarar görmesi gerekir. İşçinin tam kusurlu olması sadece sorumluluk açısından önem taşır. Onun kaza niteliğini ortadan kaldırmaz.

liğında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde, c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmuş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde, d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır. TTK m.5. Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.7 (2) Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4 üncü madde hükmünce ticari sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir. (3) (Değişik: 26/6/2012-6335/2 md.) Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır. (4) (Değişik: 26/6/2012-6335/2 md.) Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder”.

⁶⁹ Y. 17. HD, K.T: 17.05.2016, 2016/7638 E., 2016/6004 K., E.T: 06.07.2024 (www.corpus.com.tr).

⁷⁰ Y. 4. HGK, K.T: 16.09.2021, 2021/17896 E., 2021/4942 K., E.T: 06.07.2024 (www.corpus.com.tr); Yargıtay, söz konusu Kararın gerekçesinde, öncelikle Güvence Hesabı Yönetmeliğinin 16. maddesi referans olarak gösterilmiş, daha sonra da davalıların tacir olmadığı-gerçek kişi olduğuyeminin haksız fiil olduğunu TTK m.4/f.1’de yer alan iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili *nispi dava* olmadığı, davadaki uyuşmazlığın *haksız fiilden* doğduğunu ileri sürülerek, davanın *asliye hukuk* mahkemesinde görülmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.

Trafik-iş kazasında, işverenin işçisi -araç sürücüsü- karşı taraf sürücüsüne zarar vermiş ise, bu durumda *zarar gören üçüncü kişi olarak ele alınır*. Üçüncü kişi işverenin araç sigortacısından işçinin verdiği zarar nedeniyle tazminat isteyebilir.

Eğer, işverenin işçisine iş görme sırasında ve trafikte *üçüncü kişi tarafından zarar verilmiş ise*, burada üçüncü kişinin kusurunun ağırlığına göre tavır alınır. İşverenin olayda kusuru yok ise eylemin hukuki niteliği trafik-iş kazası olarak kabul edilmez, eylem spesifik trafik kazası görünümü alır. Daha önce de söz edildiği gibi bugünkü uygulamaya göre, üçüncü kişinin ağır kusuru nedenselliği kestiğinden işveren sorumlu olmaz.

Ölüm ve bedensel zararlar, esas itibariyle TBK'nın 49., 50., 53. ve 54. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK m.51, m.52, m.55 ve m.56 tazminata ilişkin hükümlerdir. Bu düzenlemeler haksız fiillerde sorumluluk kapsamında değerlendirilir. Trafik-iş kazasında da özü itibariyle ortada bir haksız fiil vardır. Ancak sorun, özellikle iş göremezlik oranının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır.

İşçinin bedensel zarara uğraması halinde iş göremezlik, 5510 s.K. m.95'e göre belirlenir.⁷¹ Bu hüküm genel bir çerçeve çizer. İş göremezlik oranının ölçülmesi "*Çalışma Gücü ve Meslekten Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği*" çerçevesinde yapılır.

Anılan belirlemelere *itirazlar* ise *Yargıtayca* ilkesel olarak, Kurum Sağlık Kurulu, Yüksek Sağlık Kurulu, Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu, Adli Tıp Kurumu 2. Üst Kurulu silsilesini takip ederek sonuçlanır. Dolayısıyla, *Yargıtay* raporlar arasındaki çelişkinin kesin giderilmesini arar.⁷²

Yargıtay bu yöntemi işçiler açısından uygularken, trafik kazalarında, farklı bir uygulama içerisine girmiş, *haksız fiil tarihindeki mevzuat* hükümlerine değer vermiştir.⁷³

⁷¹ SSGSK m.95, "*Bu Kanun gereğince, yurt dışında tedavi için yapılacak sevkler, çalışma gücü kaybı, geçici iş göremezlik ödeneklerinin verilmesine ilişkin raporlar ile iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücü veya çalışma gücü kaybına esas teşkil edecek sağlık kurulu raporlarının usul ve esaslarını, bu raporları vermeye yetkili sağlık hizmeti sunucularının sahip olması gereken kriterleri belirlemeye, usulüne uygun olmayan sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeleri düzenleyen sağlık hizmet sunucusuna iade ederek belirlenen bilgileri içerecek şekilde yeniden düzenlenmesini istemeye Kurum yetkilidir.*

Usulüne uygun sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeler ile gerekli diğer belgelerin incelenmesiyle; yurt dışında tedavi için yapılacak sevkler, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu tespit edilen meslekte kazanma gücünün kaybına veya meslekte kazanma gücünün kaybı derecelerine ilişkin usulüne uygun düzenlenmiş sağlık kurulu raporları ve diğer belgelere istinaden Kurumca verilen karara ilgililerin itirazı halinde, durum Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır. Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığı ile Kurumun birlikte çıkaracağı yönetmelikle düzenlenir".

⁷² Bkz. Y. 10. HD, K.T: 20.06.2023, 2023/3627 E. 2023/6982 K.; Y. 10. HD, K.T: 05.07.2023, 2023/6609 E., 2023/7532 K.; **KILIÇOĞLU**, Tazminat Hukuku, C. II, s. 958-968.

⁷³ "2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir. Haksız fiil sonucu çalışma gücü kaybının olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması hâlinde, zararın kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığı ve oranının belirlenme-

Yargıtay'ın kastettiği yönetmelikler yürürlük tarihine göre belirlenmektedir.⁷⁴

Bu durumda bedensel zarara uğrayan kişinin işçi olup olmaması halinde ölüm şekli farklılaşmaktadır.⁷⁵ KTK m.90 (Değişik: 14/4/2016-6704/3), AYM'nin 29.12.2022 tarihli, 2021/82 E., 2022/167 K. sayılı Kararıyla, önceki halinin iptali sonrası son metninde⁷⁶ açıkça KTK'da düzenlenmeyen hususlarda 6098 s.K.'nın *haksız fiillere* ilişkin hükümlerine atıfta bulunmuştur.

AYM'nin yukarıda belirtilen kararında, 90. maddenin önceki düzenlemesinde yer alan tazminatı belirleme kuralları- özellikle "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir." ibareleri -haksız fiil kapsamında yer alan trafik kazasından doğan zararların tazminine ilişkin kuralların farklılığı, zarar görenin *gerçek zararının karşılanmaması riski ortaya çıkardığını* isabetli bir şekilde belirtmiştir.

Yargıtay HGK, bir kararında tüm normatif düzenlemelere yer vermiş, BAM'ın AYM Kararını referans alan gerekçesi ile oluşan direnmesini, yürürlükteki mevzuat hükümlerini *-kaza tarihindeki yönetmenlikleri-* dikkate alarak bozmuştur.⁷⁷ *Yargıtay*, kararında "uyuşmazlıkla sınırlı" olarak mevzuatı yorumlamış ise de *kanaatimizce* TBK'nın ilgili maddelerine -49'dan 55'e kadar- yer vermiş,

si gerekmektedir. Söz konusu belirlemenin ise Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşların çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikâyetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden, haksız fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir..." Y. 4. HD, K.T: 27.12.2022, 2021/9912 E., 2022/17854 K., **KILIÇOĞLU**, Tazminat Hukuku, C. I, s. 857, 858.

⁷⁴ Bkz. Y. 4. HD, K.T: 15.02.2023, 2021/24461 E., 2023/1819 K.; **KILIÇOĞLU**, Tazminat Hukuku C. I, s. 601-603. Söz konusu Kararda, "Maluliyete ilişkin alınacak raporların 11.10.2008 tarihinden önce Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğüne, 11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğine, 01.09.2013 tarihinden sonra Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliğine, 01.06.2015 tarihi ile 20.02.2019 tarihleri arasında Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik, 20.02.2019 tarihinden sonra da Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirilmesi Hakkındaki Yönetmelik hükümlerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir".

⁷⁵ Bu durumun eleştirisi için bkz. **ÇELİK, Ahmet Çelik**: "Beden Gücü Kaybının Tespit", THD, s. 210, Şubat 2024, s. 114-132; yazar özellikle ilgili yönetmeliklerin işlevlerine yer vermiş, AYM Kararları çerçevesinde irdelemede bulunarak tek bir yönetmelik kapsamında -Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranında Tespit İşlemleri Yönetmeliği- çözüme ulaşılmasının doğru olacağı düşüncesini vurgulamıştır. Aynı makale, s. 131, 132.

⁷⁶ KTK m.90, "Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanunda (...)49 öngörülen usul ve esaslara tabidir. (Ek cümle: 9/6/2021-7327/18 md.) (İptal cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 29/12/2022 tarihli ve E.: 2021/82, K.: 2022/167 sayılı Kararı ile.) Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanunda (...)49 düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. (Ek fıkra: 9/6/2021-7327/18 md.) (İptal fıkra: Anayasa Mahkemesi'nin 29/12/2022 tarihli ve E.: 2021/82, K.: 2022/167 sayılı Kararı ile)".

⁷⁷ YHGK, K.T: 28.02.2024, 2022/655 E., 2024/133 K., E.T: 06.07.2024 (www.corpus.com.tr).

ancak AYM'nin yukarıda yer verilen düşüncesi doğrultusunda açık bir yorumda bulunmamıştır. *Yargıtay*, trafik kazalarında yürürlük tarihine göre belirlenen yönetmeliklere göre iş göremezlik oranının belirleneceği uygulamasına devam etmiştir.

AYM'nin konuya yaklaşımı ile *Yargıtay*'ın yaklaşımı arasındaki farkı yine *Yargıtay*'ın bir kararında somut olarak gözlemlenebilir.⁷⁸ Anılan Karar, bir trafik kazasına ilişkindir. Olay, 11.09.2017'de meydana gelmiştir. Davacıda oluşan iş göremezlik oranı, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'ne göre, %10,3 Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırılması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurul Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre %5 olarak belirlenmiştir. *Yargıtay*, incelemeyi eksik bulmuş ancak özürllüle-re ilişkin rapora göre yeni bir değerlendirme istemiştir. Kaza tarihindeki yönetmelige atıfta bulunmuştur.

Yargıtay kararlarının sürekliliği ve bu yolla vatandaşa güven vermesi esastır. Ancak bu kararlar sorumluluk hukukunun temel ilkeleri örtüşmesi halinde değer kazanır. AYM, yukarıda yer verdiğimiz kararda yorumda bulunmuş, zarar görenin zararının iptal öncesi uygulamayla tam olarak karşılanamayacağına vurgu yapmıştır. *Kanaatimizce*, artık bu aşamadan sonra Çelik'in vurguladığı gibi *Yargıtay*'ın, tek bir yönetmeliği yani "Çalışma Gücü ve Meslekten Kazanma Gücü Kaybı Oranın Tespiti İşlemleri Yönetmeliği"ni esas alınması isabetli olacaktır. İş göremezliğin karşılığı bu yönetmeliktir. İş göremezlik oranı iş göremezlik bağlamında farklı ölçümlere tabi olmamalıdır. Aksi takdirde zararın değişkenliği, rücuda SGK ile özel sigorta şirketleri arasında uyuşmazlıklara neden olacağı gibi, zararda tam olarak karşılanamayacaktır. İşçi zarar görecektir.

2. Kusur Unsuru

Tüm sorumluluk tiplerinin çekirdeğinde kusur vardır. Kısursuz sorumlulukta da *ek kusur kavramı* yine kusurun varlığını gerektirir. Kusur kavramı, haksız fiil alanında yalın anlamını verir. Çok çeşitli anlamları var ise de anlamsal açıdan ya da bizi ilgilendiren yönüyle, "zarara yol açan *sonucun nedenini oluşturan* haksız eylemi (fiili) işleyenin sorumluluğunu doğuran, bu *sorumluluğu haklı kılan* davranış tarzıdır."⁷⁹ Kusur, haksız fiillerde sorumluluk koşuludur. Trafik-iş kazalarında, kazaya hukuki karakterini veren unsurlarda biri motorlu taşıttır. Bu

⁷⁸ Y. 4. HD, K.T: 19.01.2024, 2022/6207 E., 2024/330 K., E.T: 06.07.2024 (www.corpus.com.tr).

⁷⁹ **KOÇHISARLIOĞLU, Cengiz:** Haksız Eylem (Fiil) Kusuru, Doçentlik Tezi, Ankara 2022, s. 78; yazar aynı sayfanın 351 numaralı dipnotunda belirtilen yazarların görüşleri tek tek karşılaştırma yapmış ayrıca da kusur kavramını "işlevsel yorumu", "göreceli algılanması", "ayrışık dayanak noktaları", "dayandırılabilmesi" ve son olarak da "bileşim veya bileşke" olarak tasarlatabilmesine yer vermiştir, s. 78-136.

nedenle, sorumluluk tipi tehlike sorumluluğu (KTK m.85/f.1), ancak zarar verenin kusurlu olması durumunda ek kusur olarak değerlendirilir. Zarar görenin kusurlu olması halinde -karşı kusurlu ise,- tazminattan indirim nedeni olur (TBK m.52/f.1).⁸⁰ Kusursuz sorumlulukta-tehlike sorumluluğu buna dahil- zarar, kusur aranmadan sorumluya yükleneyeceği için, karşı kusur indirim sebebi olur.⁸¹

İşverenin, trafik-iş kazasında sorumluluğun kazayı yapana görene değişir. Eğer kazayı yapan işçi ise, işverenin sorumluluğu işleten olarak *tehlike sorumluluğuna* girer. Dolayısıyla burada, objektifleştirilmiş kusur sorumluluğunun yeri bulunmamaktadır. Kazayı yapan işverenin başka bir işçisi, zarar gören işçinin sürücü yanında olması durumunda da *sorumluluk tipi* değişmez. Sürücü işçinin, sorumluluğu ise *kusur sorumluluğudur*. Ancak işverenin sorumluluğu tehlike sorumluluğudur.

İşçinin, işverenin işini yapmak için işyerinden başka bir yere üçüncü kişiye ait bir araçla giderken kazaya uğrayıp, bedensel zarara uğraması halinde *kusursuz olacağından* artık *burada kusur incelemesine gerek yoktur*. Kusurlu olan taraf, karşı taraf (üçüncü kişi) olacağı için zarar verenler dış ilişkide *müteselsil sorumlu olurlar*.

Yargıtay'ın işverenin sorumluluğuna ilişkin gerek sorumluluğun niteliğine gerek sorumluluğun koşullarından olan kusuru ele alırken, HGK, 20.03.2013 tarihli, 2012/21-1121 E., 2013/386 K. sayılı kararını referans olarak *objektifleştirilmiş kusur* anlayışını benimsemiş ve süreç içerisinde bu düşünce temelinde içtihatları kökleştirmiştir.⁸²

Motorlu araç işletenlerin, ZMSS yaptırma zorunluluğu bulunması kanun gereğidir (KTK m.91/f.1). İşleten ve teşebbüs sahibi, kaza yapan araç sürücüsünün veya yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludurlar (KTK m.85/f.son). ZMSS'nin de sorumluluğu buna göredir. İlkesel olarak ZMSS, *karşı tarafa verilen zararı karşılar*.

Trafik-iş kazasında zarar verenler birden fazla ise bunlar *müteselsil* sorumlu olur (KTK m.88/f.1). Zarar, olayın tüm koşulları değerlendirilerek paylaşılır (KTK m.88/f.2).

Yargıtay da isabetli olarak, trafik-iş kazasından doğan maddi tazminatın belirlenmesinde, esas olacak kusur oranının, ceza dosyası ve rücu dosyalarındaki de-

⁸⁰ EREN/DÖNMEZ, Şerh, C. II, s. 1161 ve ayrıca konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BAYSAL, Başak: Zarar Görenin Kusuru, Müterafik Kusur Doçentlik Takdim Tezi, İstanbul 2012, s. 181-280.

⁸¹ EREN/DÖNMEZ, Şerh, C. II, s. 1161.

⁸² Bkz. Y. 10. HD, K.T: 12.09.2023, 2022/6030 E., 2023/8035 K. E.T: 17.05.2024 (www.corpus.com.tr); Kararda işverenin, normatif yükümlülükler dışında bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerin alınmasından söz edilmiş; uyulmaması halinde kusurlu kabul edilmesi gerektiği belirtilmiş ise de bu durumun kusursuz sorumluluğun kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır.

ğerlendirmelerin gözetilerek, anılan davaların kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması gereğine vurgu yapmıştır.⁸³

“Kaçınılmazlık” kavramı, özellikle uygulamada sık karşılaşılan bir kavramdır. İş kazalarında ve trafik-iş kazalarında kusur dağılımında yer alır. Neyin kaçınılmaz olduğu, neyin olmadığı somut olay özelinde incelenir. Beklenmedik hal (umulmayan hal) ile kaçınılmazlık kavramlarının aynı anlama gelip gelmediği tartışmalıdır. *Beklenmedik hal* Dechenaux/Tercier’in ifadesine göre, zararın meydana gelmesine katkısı olan ve insan iradesi dışında meydana gelen, etmen olarak belirtilmiştir.⁸⁴

Tandoğan’a göre ise, “Bir borcun, (veya herkese vazife yükleyen bu hareket tarzı kaidesinin) borçlu (veya sorumlu kişi) tarafından *kaçınılmayacak* suretle ihlaline sebep olan hadisedir.”⁸⁵ *Yargıtay* bir kararında, kaçınılmazlığı, hukuksal ve teknik olarak “fennen önlenmesi olanaksız” olay olarak belirtmiştir.⁸⁶ Beklenilmeyen hal, mücbir sebep yoğunluğuna ulaşmaz ise nedensellik bağı kesilmez.⁸⁷

Öğretide yer alan bir görüşe göre, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m.45/f.3’te⁸⁸ yer alan tanımın, kusurun belirlenmesine ilişkin ilkelerle örtüştüğünü ve mutlak kaçınılmazlık olarak kabulü edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁸⁹

⁸³ Y. 10. HD, K.T: 17.01.2023, 2021/9378 E., 2023/411 K., E.T: 17.06.2024 (www.corpus.com.tr).

⁸⁴ **DESHENAUX H./TERCIER P.**: Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Ankara 1983, s. 206; **KILIÇOĞLU, Mustafa**: Tazminat Hukuku, C. 1, s. 358.

⁸⁵ **TANDOĞAN, Haluk**: Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961, s. 461; **KILIÇOĞLU, Tazminat Hukuku, C. 1, s. 359.**

⁸⁶ YHGK, K.T: 15.12.2022, 2021/297 E., 2022/1760, E.T: 17.06.2024 (www.corpus.com.tr); *Yargıtay* anılan kararda, kaçınılmazlığın unsurlarını, “1-İrade dışında meydana gelen olay, 2-Davranış kullarının veya sözleşme borcunun ihlali, 3-İliyet bağının bulunması, 4-Olayın önlenemezliği olarak belirtilmiştir.” *Yargıtay* kararın devamında, önlenemezliğin olayla ilgisi olmadığı, davranış kuralını ve borca aykırı önleme olanağı varsa- örneğin bir inşaat işçisi duvara çivi çakarken başının kopması irade dışı olay ise de kırılan çivinin göze kaçması önlem olarak kabul edilemez, çünkü gözlük kullanarak engellenebilir- artık kaçınılmazlıktan söz edilemez. *Yargıtay* bir başka kararında, mücbir sebebin nedensellik bağıni keseceğini, ancak beklenmeyen halin her zaman sorumluluğu bütünüyle ortadan kaldırmayacağı, kısmen de kaldırmayacağı belirttikten sonra; kaçınılmazlığın vuku bulan olaya karşı koyamazlık hali, bunun yanında her türlü tedbirin alınmasına rağmen gerçekleşmesi önlenemeyen objektif bir durum olarak belirtilmiştir. YHGK, K.T: 01.10.2019, 2015/10-2682 E., 2019/986 K; **KÜRTÜL, Mehmet**: Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları, C. 1, Ankara 2021, s. 1364-1372.

⁸⁷ **TANDOĞAN**, s. 326; **KILIÇOĞLU**, Tazminat Hukuku C. 1, s. 359.

⁸⁸ Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m.45/f.3, “*Birinci fıkranın (ç) bendinde belirtilen sigortalılara ait raporda, istirahat süresi sonunda çalışır kararı varsa ayrıca çalışabilir belgesi aranmaz. Geçici iş göremezlik ödeneği ödenirken sigortalının istirahatl olduğu devrede çalışmadığının işveren veya Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olanlar tarafından beyan ve belgelenmesi gerekir*”.

⁸⁹ **CİVAN, Orhan Ersun**: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, *Yargıtay* ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi”, 2021, İstanbul 2023, s. 534.

Öğretide yer alan bir başka çalışmaya göre, beklenmedik haller kapsamına, *mücbir sebep, ifa imkansızlığı, işlemin temelinin çökmesi, uyarılama* kavramlarının girdiği ileri sürülmüştür.⁹⁰

3. Nedensellik Bağı Unsuru

Nedensellik bağı, her türlü sorumlulukta kurucu unsurdur. Gerek öğretide gerek yargısal uygulamada geçerli olan teori uygun *nedensellik bağıdır*. Nedensellik yok ise kusur da yoktur. Başka bir anlatımla sorumluluk yoktur.⁹¹

Uygun nedensellik, *trafik-iş kazalarında* bedensel zarara uğrayan işçi için bir sorumluluk koşuludur. İşverenin sorumlu olabilmesi için kusurun yanında, meydana gelen kazanın *işin yürütülmesi nedeniyle* olması ve *üçüncü kişinin* ya da *işçinin ağır kusurunun* olmaması gerekir. Aksi halde, nedensellik bağı kesilir.

Öğretide, *Yargıtay*'ın bir kararını eleştiren, bizim de katıldığımız görüşe göre, üçüncü kişinin ağır kusurunun nedensellik bağını kesmesi için, üçüncü kişinin böyle bir eyleme kalkışmasının öngörülüp, gerekli tedbirin alınıp alınmadığının denetimi gerekir.⁹²

İşçinin, işin yürütülmesiyle ilgili olmayan bir olayda meydana gelen trafik kazası genel mahkemelerde görülecek bir davadır. İşçi yaya olarak ya da sürücü olarak trafik kazası sonucu bedensel zarara uğraması bu sonucu değiştirmez. İşçinin, 5510 sayılı Kanun'da yer alan sigorta kollarında yardım alması, Kuruma sorumlular aleyhine rücu davası açma hakkını verir. Ancak bu durumda KTK m.98'in göz önünde tutulması gerekir.

C. Tazminatın Belirlenmesi

Bedensel zararlarda tazminatın belirlenmesi, zararın belirlenmesinden farklıdır. Örneğin, TBK m.49 ve 50'de zarar konu alınmıştır. Tazminatın belirlenmesi ise, TBK m.51-56 arasında yer almıştır. Başka bir anlatımla, *zararın tamamı tazminatın tepe noktasıdır*. Tazminat ise indirim hükümleri gereği -TBK m.52- zardan daha az meblağa ulaşabilir.

⁹⁰ **KAHRAMAN, Zafer:** *Beklenmedik Haller ve Sonuçları*, İstanbul 2023, s. 1-387; anılan eserde Common Law hukuk sisteminde uygulanan frustration teorisi de incelenmiştir, s. 391-467.

⁹¹ Uygun illiyet bağı teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **EREN/DÖNMEZ**, Şerh, C. II, s. 1103-1110.

⁹² **ARICI, Kadir:** "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2017, İstanbul 2019, s. 544, 545; Söz konusu Karar- Y. 21. HD, K.T: 12.09.2017, 2016/63450 E., 2017/6127 K.-işçinin çalışırken, kimliği belirsiz kişi tarafından işyerinin camı kırılarak işçinin yaralanmasına neden olmuş, Yargıtay üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle nedensellik bağının kesildiği ve bu nedenle işveren aleyhine açılan davanın reddi gerekeceği kabul edilmiştir. Nedenselliğe bu bakış açısıyla yaklaşılması gerektiği düşüncesindeyiz.

D. Tazminatın Sorumlular Arasında Paylaşımı

1. İşverenin Sorumluluğu

İşçinin gördüğü zararda işverene kusur yüklenmiş ise işveren diğer sorumlular ile birlikte müteselsilen sorumludur. Örneğin, işçi trafik-iş kazasında uğradığı bedensel zarar karşılığında 2.000.000,00 TL tazminat hakkı var ise tazminatın tamamını işverenden isteyebilir. İşveren, olayda “*üçüncü kişinin*” kusurunun bulunması halinde üçüncü kişiye *-sürücüsü, işleteni, teşebbüs sahibine, sigortacısına-rücu* edebilir.

Trafik-iş kazalarında işçiye karşı asıl işveren-alt işveren müteselsil sorumludur (İş K. m.2/f.6). İşçi, asıl işverenin işçisi ise alt işverenin sorumluluğuna gidilemez. Nitekim *Yargıtay*, bir kararında bu durumu vurgulamıştır.⁹³

2. Üçüncü Kişinin Sorumluluğu

Trafik-iş kazasında, üçüncü kişi kavramını trafik kazasından farklı almak gerekmektedir. Çünkü zarar gören işçi olduğundan sorumluluk *-işverenin kusurlu olması durumunda-* işverende olacağından, işverenin dışındaki kişiler söz konusudur. Ancak üçüncü kişinin tam/ağır kusurlu olmasında, işverenin sorumluluğu bu günkü uygulamaya göre ortadan kalkar. Çünkü nedensellik kesilir. Örneğin, işverenin aracında-motorlu taşıtından-yolda seyrederken meydana gelen kazada karşı aracın sürücüsü *ağır kusurlu* ise işverenin sorumluluğu kalkar.

Üçüncü kişi *-motorlu araç işleteni ve sigortacısı-* olay nedeniyle işçiye karşı sorumludur. Davanın bakım ve görünüm yeri genel mahkemelerdir. Böyle durumda iş veya trafik-iş kazasından söz edilemez.

3. Sigortacının Sorumluluğu

Sigortacının sorumluluğu, sigorta sözleşmesinin türüne göre değişir. 5510 sayılı Kanun'a göre, Kurumun sorumluluğu kanunundan doğar. Zararın türüne göre sorumluluğun niteliği değişir ve koşulları var ise rücuya tabi olur.

ZMSS, zorunlu bir sigorta türüdür. KTK'ya göre, karşı taraf *-hak sahipleri-ne-* verilen zararı ödemek zorundadır (KTK m.99).

İleride söz edileceği üzere, KTK m.98'de yer alan sağlık hizmet bedelleri, aynı hükmün ilk fıkrasınca (Değişik: 13.02.2011-6111/59) Kurumca karşılanacaktır.

Bu sayılanların dışında, işverence işçiye TTK. m.1507-1510 hükümleri gereğince *kaza sigortası* yaptırılabilir. Riziko gerçekleştiğinde-örneğin işçi yaralanıyor, ölüyor-sigortacı tarafından, poliçedeki tutar ödenir.⁹⁴

⁹³ YHGK, K.T: 25.05.2011, 2011/290 E., 2011/361 K., E.T: 18.06.2024 (www.corpus.com.tr).

⁹⁴ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 397.

Sigorta ettiren kendisini sigorta yaptırabileceği gibi üçüncü kişi lehine de-örneğin, işveren işçiyi sigortalı-yani lehtar-yaptırılabilir.⁹⁵ Ödeme, TTK m.1507/f.1'e göre lehtar-işçiye-yapılır. Başka bir anlatımla, ZMSS gibi karşı tarafın zararını karşılamaz. Sigorta, zarar gören *sigortalı* ya da *lehtarın* zararını karşılar.

Can sigortaları, kapsamında kabul edilen, kaza sigortasının dışında "hayat sigortası" ve "hastalık ve sağlık sigortası" da bulunmaktadır. Her iki sigorta da lehtar için yapılabilir.⁹⁶ Örneğin, sigorta sözleşmesinde *işçi lehtar*, işveren *sigorta ettirendir*.

Özetle, bir trafik-iş kazasında yeri geldikçe tüm bu sigorta türleri uygulama alanı bulur.

Trafik-iş kazasında sorumluluk sigortacı, sigortalının üçüncü kişiye verdiği zararı karşılamaya yönelik bir işlevi bulunmaktadır. Bu nedenle, kusuruyla trafik kazasında işçiye bedensel zarara uğratan, motorlu aracın işletenin sigortacısı verdiği zararı öder.

Eğer işçinin uğradığı zarar, birden fazla motorlu araç işleteni tarafından verilmiş ise, o işletilenlerin sigortacıları da bu zarardan sorumlu olurlar. Burada sigortacı, zararın tamamından *-sigorta sözleşmesinde yer alan miktarla-* sorumludur. Kusur oranında sorumluluk iç ilişkidir. Başka bir anlatımla, zarar gören işçi, zararı karşı taraf sigortacısından polisede belirtilen miktara sınırlı alır.

III. RÜCU HAKLARI VE SOMUT OLAY UYGULAMASI

A. Rücu Hakları

1. SGK'nın Rücu Hakkı

SGK'nın rücu hakkı işverene ve zarar veren üçüncü kişiyedir. 5510 s.K. m.21 ve m.23'te işverenin rücu hakkı düzenlenmiştir.

SGK'nın rücu hakkının hukuki niteliği üzerine gerek öğretide gerek uygulamada farklı görüşler yer almıştır. Genel olarak, bu konudaki görüşler "basit rücu", "kanuni halefiyet" noktalarında toplanmaktadır.⁹⁷ Öğretide bir görüşe göre, rücunun hukuki niteliğinin, TBK m.55'in uygulanmasını etkileyeceği düşüncesi ileri sürülmüştür.⁹⁸ Yazara göre, rücu hakkı *halefiyete* dayanıyor ise, yardımlar *tazminattan, kanundan* doğuyor ise zarardan indirilecektir. Halefiyet, zarar gören işçinin aleyhine olacaktır.⁹⁹

⁹⁵ **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 390.

⁹⁶ **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 377, 402.

⁹⁷ Bkz. **GÜZEL, Ali/OKUR, Ali, Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen**: Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 19, İstanbul 2021, s. 436-438.

⁹⁸ **BAŞBUĞ, Aydın**: İş ve Hukuk Çalışanların Hakları ve Sorunları, Ankara 2015, s. 468.

⁹⁹ **BAŞBUĞ**, s. 408; ayrıca rücu için bkz. **ARICI, Kadir**: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 2, Ankara 2022, s. 313-316.

Yargıtay kararlarında, SGK'nın rücu hakkı, *yasadan doğan, kendine özgü* ve sigortalı ya da "hak sahiplerinin hakkından *bağımsız* basit rücu hakkı" olarak belirlenmiştir.¹⁰⁰

Kurum, işçiye, işveren dışında, üçüncü kişiye ait bir motorlu aracın zarar vermesi ve işverenin kusurlu olmaması durumunda, o kişiye ya da sigortacısına rücu eder. Dava iş mahkemesinden görülür, çünkü uyuşmazlık 5510 s.K'dan doğmuştur (7036 s.K. m.5/f.1.b).

Öte yandan, 5510 s.K. m.101'in bu konuya ilişkin düzenlemesine göre, "Bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde bu kanun hükümlerinin uygulanması ile ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemesinde görülür." ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla, 7036 s.K. m.5/f.1.b ile 5510 s.K.'nın 101. maddesi örtüşmektedir.

Aktif husumette yer alan Kurum, pasif husumette işçiye zarar veren motorlu taşıt işletmecisi, sürücüsü ve sigortacılarına yer verir.

Aynı olayda, işverenin ve üçüncü şahsın kusurlu olması durumunda başta işveren olmak üzere; üçüncü şahıs ve sigortacılarına da başvurulabilir. Ayrıca sorumluluk müteselsil olması nedeniyle, sadece sorumlulardan birine de gidebilir.

Yargıtay bir kararında, rücu davalarını *kusur sorumluluğuna dayandırmış*, bu bağlamda trafik-iş kazasının meydana gelmesinde kusurlu olanların-aracı süren üçüncü kişi, işveren, işçiye çarpıp ölümüne neden olan sürücü (aracı sigortalayan sigorta şirketi davalı olarak gösterilmiştir)-kusurları oranında sorumlu olduğunu belirtmiştir.¹⁰¹

Zarar, klasik ayrımla insana verilen zarar ve eşyaya verilen zararlar olarak ikiye ayrılır. Konumuz açısından insana verilen zararlar irdelenmektedir. Zarar kavramı TBK m.49,50 maddelerinde ele alınmış, daha sonra TBK m.51-56 arası tazminata yer verilmiş, özellikle tedavi giderleri m.54'te yer almıştır. 2918 sayılı KTK'nın 98. maddesinde yapılan değişiklikle (Değişik: 13.02.2011-6111/59. madde) *sağlık bedellerini ödeme yükümlülüğü Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmiştir*.¹⁰²

¹⁰⁰ Y. 21. HD, K.T: 16.01.2013, 2012/22870 E., 2013/341 K.; söz konusu Kararda, 506 s.K'nun m.26'ya yönelik iptal kararına- K.T: 23.11.2005, 2003/10 E., 2006/106 K.-atıfta bulunulmuştur. **KILIÇOĞLU**, Tazminat Hukuku, C. I, s. 1127, 1128.

¹⁰¹ YHGK, K.T: 19.10.2021, 2018/932 E., 2021/1261 K., E.T: 19.10.2021 (www.corpus.com.tr).

¹⁰² KTK m.98, "Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılanlar için belirlenen sağlık hizmeti geri ödeme usul ve esasları çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. (Ek cümle: 4/4/2015-6645/60 md.) Ancak Sosyal Güvenlik Kurumu, bu kapsama girenler yönünden genel sağlık sigortalısı sayılanlar için belirlenen sağlık hizmetlerine ilave sağlık hizmetlerini belirler, protez ve ortezler için farklı birim fiyatı tespit eder. Bu sağlık hizmetleri sağlık uygulama tebliğindeki istisnai sağlık hizmetleri kapsamına dâhil edilmez".

Yargıtay'da norma uygun olarak KTK m.85/f.1,91'deki sorumluların-işleten, teşebbüs sahibi ve sigortacılar/güvence hesabının-yerini SGK'nın alacağını belirtmekle beraber *sigorta teminat tutarını aşan tedavi giderlerinin* zarara sebep olanlar tarafından karşılanacağı vurgulanmıştır.¹⁰³

Kanundaki bu değişikliğin sorumlular arasında bir ayrıma sebep olduğu düşüncesiyle öğretilmiş eleştirilmiştir.¹⁰⁴

Daha öncede söz edildiği gibi rücu davaları kusur esasına göre biçimlenir. Trafik-iş kazalarında da aynı esas geçerlidir. SGK'nın rücu davalarında pasif husumette, işveren, üçüncü kişi ve sigortacılar yer alır. Rücu davalarında önce zarar gören işçi veya ölüm olayında hak sahipleri, maddi tazminat davası ve bunun yanında ceza davası açarlar. Zamansal açıdan, önce açılan davaların kesinleşmesi halinde, rücu davası ile bu kesinleşen davalar arasında maddi olgular ve kusur açısından *çelişki* oluşursa, alınacak *raporla* ya da *ek raporla* bu çelişkinin giderilmesi istenir. Özellikle üçüncü kişinin sorumluluğunun 5510 s.K. belirtilen ilgili hükümlerden -21/f.4,39- hangisine girdiği de önem taşır. *Yargıtay*, bir kararında özellikle bu ve yukarıda belirtilen konulara dikkat çekmiştir.¹⁰⁵

Ceza davasındaki maddi olguların hukuk hakimini bağlayacağı *Yargıtay*'ın kökleşmiş içtihatlarındanır.¹⁰⁶

Trafik-iş kazalarında rücuyla ilişkin zamanaşımı sürelerine ilişkin bir *Yargıtay* kararında, taraflar arasında ilişkinin sözleşmeden doğup doğmamasına göre konum alınmaktadır. Üçüncü kişi ile sigortalı arasında *sözleşmesel bir ilişki bulunmadığından* KTK m.109'a göre, zarar görenin, zarar yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren *iki yıl* -kısa süre-, herhalde kaza gününden başlayarak *on yıl* içinde -uzun süre-zamanaşımı-def'i olması halinde- alacağı zamanaşımına uğrar.¹⁰⁷ Kurum ceza davasına *katılmamış* ise ceza zamanaşımı uygulanmaz.

Üçüncü kişinin 5510 s.K.'nın 39. maddesi uyarınca, *kasıtlı* bir eylemi yoksa, Kurumun rücu hakkı bulunmamaktadır. Bu durum m.39/f.1'de açıkça vurgulanmıştır.¹⁰⁸

¹⁰³ Y. 10. HD, K.T: 02.03.2023, 2023/2298 E., 2023/1937 K., E.T: 18.06.2024 (www.corpus.com.tr).

¹⁰⁴ Bkz. ÇELİK, Ahmet Çelik: Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuku ve Ceza Sorumluluğu, B. 4, Ankara 2023, s. 928.

¹⁰⁵ Bkz. Y. 10. HD., K.T: 22.03.2022, 2022/1530 E., 2022/4065 K., E.T: 18.06.2024 (www.corpus.com).

¹⁰⁶ Bkz. YHGK, K.T: 13.05.2015, 2013/2152 E., 2015/1340 K. ve bu karar içerisinde yer verilen YHGK'nun 10.01.1997 tarihli, 1971/406 E., 1975/1 K.; 23.01.1985 tarihli, 1983/10-372 E., 1985/21 K.; 27.04.2011, 2011/17-50 E., 2011/231 K.; KILIÇOĞLU, Tazminat Hukuku, C. I, s. 1446-1449.

¹⁰⁷ KTK m.109/f.1, "*Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zarar ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar*".

¹⁰⁸ SSGSSK m.39/f.1, "*Üçüncü bir kişinin kasıtlı veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir*".

Yargıtay'da bir kararında, norma uygun olarak görüşünü belirtmiş; davalı üçüncü şahsın sigorta şirketi açısından sorumlu bulunmadığına karar vermiştir.¹⁰⁹

2. İşverenin Rücu Hakkı

İşverenin rücu hakkı, trafik-iş kazasında kendisinin de kusuru olmasına karşın, üçüncü kişinin bölüşük kusurlu olması halinde mümkündür.

İşçi, trafik-iş kazası sonucunda bedensel zarara uğraması durumunda, kendisine zarar verenler müteselsil olarak sorumludur. Zararın tamamını ödeyen işverense, diğer sorumlulara kusurları oranında rücu eder.

Yargıtay, bir kısım kararlarında TBK m.61 ve 62'ye atıfta bulunarak müteselsil sorumluluğa yer vermiş, daha sonra da kendi payından fazlası ödeyenler için 146. maddeye atıfta bulunmuştur.¹¹⁰

3. Üçüncü Kişinin Rücu Hakkı

Üçüncü kişi daha evvel söz edildiği gibi sözleşme tarafı olmayan kişilerdir. Trafik-iş kazalarında, birden fazla motorlu taşıtın kazaya karışmasında bu durum sıkça görülür. Sigortalı işçi, zarar görmüş ise zararını işveren dışındaki üçüncü kişiden tamamını alabilir. Üçüncü kişi daha sonra diğerlerine rücu edebilir. Rücu, diğer sorumluların kusuru oranında olur.

5510 s. Kanun'a göre, Kurumca açılacak tazminat ve rücu davaları *on yıllık zamanaşımına* tabidir (m.93/f.3). Zamanaşımının başlangıç tarihi yine aynı fıkra da belirtilmiştir. Buna göre, rücu konusu gelir ve aylıklar yönünden Kurum *onay* tarihinden, masraf ve ödemeler ise *masraf* ve *ödeme* tarihinden itibaren başlar. Bu düzenleme ile zamanaşımı konusu normatif bir düzenlemeye kavuşmuştur.

4. Sigortacının Rücu Hakkı

Genel olarak sigortacı, işçi karşısında üçüncü kişidir. Daha önce ifade edildiği gibi, sigortacının rücu hakkı, *sigortanın türüne* ve *sigorta sözleşmesinin kapsamına* göre ele almak gerekir.

Trafik-iş kazasında, özellikle işçinin bedensel zarara uğraması, karşı araç ya da bulunduğu araçta yolcu olması durumunda -KTK m.87,91'de belirtilen- aracın işleticisi ve sigortacısı da sorumludur.

¹⁰⁹ Y. 10. HD, K.T: 27.12.2023, 2023/12191 E., 2023/13601 K., E.T: 18.06.2024 (www.corpus.com.tr); Söz konusu davada davacı özel sigorta, davalı Kurum ve üçüncü şahsının sigortalıdır. Sigorta şirketi açısından dava ret ile sonuçlanmış, Kurum hakkında kısmen kabul edilerek *Yargıtayca* karar kesinleşmiştir.

¹¹⁰ Y. 10. HD, K.T: 26.12.2019, 2019/1374 E., 2019/2603 K.; Y. 10. HD, K.T: 25.03.2010, 2019/1092 E., 2019/2725 K.; **AYDIN, Ufuk**: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi*, 2019-2020, İstanbul 2022, s. 592, 593.

Sigortacı, sigortalısının ardılı olduğundan kural olarak, *karşı tarafa* yani işçiye verdiği zararı karşılamak zorundadır. Diğer sorumluların kusuru var ise, kusur paylarına göre rücu eder. Başka bir anlatımla, sigorta ettiren -işleten ve teşebbüs sahibi- kusuru oranında işçiye ödemedede bulunur.

B. Varsayımsal Oluşturulan Somut Model Üzerinden Soyut Normların Uygulanması

1. Varsayımsal Somut Model

İşçi (A), işveren (B) nezdinde işçi olarak çalışmaktadır. (A)'nın işvereni (B) tarafından, (K1) sigorta şirketine işçi (A)'nın sigortalı olduğu, 100.000,00 TL bedelle *ferdi kaza sigortası* yaptırılmıştır. İşyeri Ankara'dır. (B), (A)'yı yine kendi işçisi olan (C)'nin sürücüsü olduğu araçla görevli olarak İstanbul'a gönderirken, şehirlerarası yolda, sürücüsü (D) olan (E) Şirketine ait otobüs (B) işverenine ait araca çarpmıştır. Bu kaza sonucunda, işçi (A) yaralanmıştır. İşveren (B)'ye ait aracın *zorunlu trafik sigortacısı* (S1), (E) Şirketine ait olan aracın *zorunlu trafik sigortacısı* (S2)'dir. (E) şirketine ait otobüs aynı zaman (S3) sigorta şirketine *ihtiyari mali sorumluluk sigortası* yaptırmıştır. SGK, olayı *iş kazası* olarak kabul etmiştir. Bundan dolayı SGK, işçi (A)'ya 80.000,00 TL ödemede bulunmuştur. (C) araç sürücüsü %20, (D) araç sürücüsü %80 bölüştük kusurludur. İşçi (A), uğradığı bedensel zarar nedeniyle işveren (B)'yi hasım göstererek iş mahkemesinde dava açmıştır. İşçi (A)'nın tazminat talebi 400.000,00 TL maddi tazminattır.

2. Soyut Normların Uygulanması

a. İşçinin Trafik-İş Kazasından Doğan Maddi Zarara İlişkin Sorumlulukları

aa. (A)'nın İşvereni Hasım Göstermesi Durumunda, Görev, Aktif Husumet Ehliyeti, Pasif Husumet Ehliyeti

Olay, iş kazası olarak değerlendirildiği için (A)'nın açtığı maddi tazminat davasında, uyuşmazlığın bakım ve görüm yeri *iş mahkemesidir* (İMK m.5/a).

Aktif husumette işçi (A), pasif husumette işveren (B) olur. Ancak pasif husumette (B)'nin sürücüsü (C), (B)'nin trafik sigortacısı (S1), üçüncü şahıs-işleten- (E), (E)'nin trafik sigortacısı (S2) ve sürücüsü (D) müteselsil olarak zarardan sorumlu olduğu için pasif husumette yer verilebilir.

İhtiyari sorumluluk sigortacısı (S3) ise sıralı sorumlu olduğu için pasif husumet ehliyeti ancak zorunlu trafik sigortasının limitlerinin tükendiği zaman doğar. (S3)'e karşı açılacak davanın bakım ve görüm yeri *asliye ticaret mahkemesidir*.

Eğer kusurun tamamı ağır kusurlu, (E)'ye ait aracın sürücüsü (D)'de olsaydı. İşverenin sorumluluğundan söz edilemezdi. Bu günkü uygulamaya göre, tüm sorumluluk türlerinde üçüncü kişinin ağır kusuru nedensellik bağımlı keser. Bu durumda (A) davayı genel mahkemede açabilir. Pasif husumette (B) ve (C) yer almaz.

İşçi (A)'nın sigortalı olduğu ferdi kaza sigortacısı (K1) ile arasındaki ilişkisi *haksız fileden değil, sigorta sözleşmesinden kaynaklanmaktadır*. Başka bir anlatımla işçi (A), sigorta sözleşmesinin tarafıdır. Kaza sigortasındaki, sigorta tutarının ödenmesi için davanın bakım ve görüm yeri *asliye ticaret mahkemesidir*.

bb. İşçi (A) İşvereni Hasım Göstermemesi Durumunda Görev, Aktif Husumet Ehliyeti, Pasif Husumet Ehliyeti

Olayda işçi (A), işveren (B) hariç, diğer müteselsil sorumluları hasım gösterebilir. Bu durumda, davacı ile davalılar arasında *iş ilişkisi bulunmadığından* mahkemenin bakım ve görüm yeri *asliye ticaret mahkemesidir*¹¹¹ (TTK m.4/f.1.a). (A), *sadece sürücü (D) ve işleten (E)'yi hasım göstererek dava açar ise davanın bakım ve görüm yeri mahkemesi asliye hukuk mahkemesi* olacaktır. Yukarıdakinden farkı sigorta şirketlerinin husumette yer almamasıdır.

b. Müteselsil Sorumluluk

Dış ilişkide, (A)'ya karşı (B), (C), (D), (E), (S1), (S2), müteselsilden sorumludurlar. Sigorta şirketlerinin sorumluluğunun poliçe limiti ile sınırlı olduğu gözden uzak tutulmalıdır (KTK m.85, m.91).

(A), davayı sadece (B)'ye açabilir. Tüm zararını isteyebilir. (B) diğerlerine kusurlarını oranında rücu eder. (A) iş mahkemesinde davayı açmayıp genel mahkemede dava açarsa (B) dışındakilere ya da bir kısmına dava açabilir. Zararın tamamını davacı, tek bir davalıdan isteyebileceği gibi diğerlerini de pasif husumette gösterebilir. Sigorta şirketleri (S1) veya (S2) sözleşmelerinde yer olan poliçe miktarı ardıllarının kusurları dikkate alınmadan tazminat konusu yapılabilir. İç ilişkide fazla ödeme diğerlerine kusurları oranında yansıtılır.

Trafik-ış kazasında zarar görenler birden fazla ise, sorumluluk sigortacıları, sigorta tutarını KTK m.96/f.1'e göre zarar görenler arasında garameten hesabı yapılarak ödenecektir.¹¹²

Ferdi kaza sigortası, can sigortası olduğu için sigortalının üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu, sigorta himayesi altına almaz. Bu nedenle, (K1), sigorta bedelini *aynen* sigortalıya ödemekle yükümlüdür. (K1)'in (A)'ya karşı sorumluluğu, KTK'dan değil, sigorta sözleşmesinden doğmaktadır. Başka bir anlatımla (K1)'in

¹¹¹ Y. 21. HD, K.T: 28.04.2014, 2014/1769 E., 2014/9146 K., E.T: 07.08.2024 (lexpera.com.tr); anılan Yargıtay kararında, trafik-ış kazası sonucunda işçinin vefat ettiği, işçinin yakınları ile davalı sigorta şirketi arasında iş akdi bulunmadığı, kazasının Kurum tarafından iş kazası sayılmasının, 5521 s. Kanununun 1. maddesine göre, görevli mahkemenin belirlenmesinde tek kriter olmadığı belirtilmiştir.

¹¹² Y. 21. HD, K.T: 22.02.2016, 2015/9449 E., 2016/2468 K., E.T: 14.07.2024 (www.corpus.com.tr); söz konusu Kararda, "*davalı sigortacının olayda zarar görenlere karşı sorumlu olduğu teminat limitinin garamete hesabı ile zarar görenlere paylaştırılması, davalı sigorta şirketinin davacıya garameten ödemekle yükümlü olduğu tutarın hüküm altına alınması gerektiği, öte yandan davacının hak ettiği tazminat miktarının yöntemince belirlenmesi, sonrasında ZMSS poliçe limiti uyarınca garamete hesabı yapılarak sigortanın sorumluluğunun belirlenmesi, ...*" gerektiği ifade edilmiştir.

sorumluluğunun -sözleşme sorumluluğu- (B), (C), (D), (E), (S1), (S2) sorumluluğundan farklıdır. (K1), (A)'nın bedensel zararını poliçedeki meblağ ile sınırlı olarak giderir, ancak sorumlulara rücu edemez.

İhtiyari mali sorumluluk sigortacısı (S3) ile zorunlu trafik sigortacıları (S1), (S2) arasında müteselsil sorumluluk değil, *sıralı sorumluluk* düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla zorunlu trafik sigortası limitleri dışında veya üstünde kalan miktardan poliçe limitleri tutarında sorumludur.¹¹³

c. Rücu İlişkisi

Rücu ilişkisinin temeli, ardıllarının kusur (oranı) dışında kalan zarar miktarlarının diğer sorumlular aleyhine dava açarak istemesidir.

Görevli mahkeme, S1, S2'ye S2, S1'ye, S3, S1'e sigorta sözleşmesi limitleri dahilinde ardıllarının kusuru dışında kalan miktarı rücu eder. Mahkeme genellikle ticaret- mahkemelerdir.

SGK da yaptığı yardımları, (A)'nın işvereni (B) yanında (C), (D), (E), (S1), (S2)'yi ve -(S3)'ü -sıralı sorumluluk ilkesi dikkat alınarak- hasım göstererek, iş mahkemesinde rücu davası açabilir.

d. Maddi Tazminatın Hesabı

Maddi tazminatın hesabı,¹¹⁴ genel olarak bazı etmenler ve parametrelerle çözümlenir. Öncelikle tazminata esas etmenler belirlenir. Bunlar, işçinin olay tarihindeki ücreti, yaşı, bakiye ömrü, iş göremezlik oranı ve tarafların kusur oranı, SGK yardımı olarak sayılabilir. İş göremezlik oranının belirlenmesi, daha önce söz edildiği -zarar unsuru-gibi, davacı ve davacı ve davalının konumu ve ihlal edilen kanunun hukuki niteliğine göre değişmektedir. (A) davasını, iş mahkemesinde açması halinde, "Çalışma Gücü ve Meslekten Kazanma Gücü Kaybı Oranının Tespit İşlemleri Yönetmeliği'ne" göre belirlenecektir. Biz bunun %60 olarak kesinleştirdiğini varsayalım. Ancak (A) zararını sadece otobüs işleteni, sürücüsü ve sigortacısı aleyhine açtığı dava ile talep etseydi, bu defa yürürlük tarihine göre değişkenlik arz eden yönetmelik esas alınacaktır. Örneğin, biz bunu "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurul Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre alındığını varsayalım. Büyük ihtimalle bu oran %60'dan daha az olarak- örneğin %40- bulunacaktır. Çünkü genel olarak bu iki

¹¹³ Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m.1, "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".

¹¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Tazminat Hukuku, C. I, s. 912-1000; ÇELİK, Çelik Ahmet: Bedensel Zararlar, B. 2, Ankara 2021, s. 697-736.

yönetmelik arasında zarar gören aleyhine fark oluşmaktadır. Sorun zarardan doğan tazminatın azlığı ya da çokluğu değildir. Zararın gerçeğe uygunluğunun tespitidir.

Kusur, trafik kurallarına göre belirlenir. (B), (C)'nin kusurundan sorumludur. Ancak (C)'nin kusurunda, sürücüyü aşırı çalıştırmaya ilişkin bir işveren kusuru varsa, rücu ilişkisinde bunun dikkate alınması gerekir. Ancak bu (B) ile (C) arasındaki iç ilişkide yer bulur.

Olay tarihi ile rapor/karar tarihi-arasındaki dönem bilinen dönemdir, işçinin bu dönemde, alabileceği ücretler toplanır. O tarih sonrası, ölüm tarihine kadar bilinmeyen/iskontolu dönemdir.

Bilinmeyen dönem kredi aralarında aktif dönem ve pasif dönem olmak üzere ikiye ayrılır. Bu dönem, $1/kn$ formülüne göre iskonto edilmiş dönemdir. Bilinen dönem ve bilinmeyen dönem zararları toplanır bu toplam zarardır.

Zarar miktarı iş göremezlik oranı ile çarpılır. Daha sonra bu miktar *işverenin kusur oranı çarpılır*. Somut modelimizde (A) yolcudur. Dolayısıyla kusur indirimi olmaz. Bulunana miktardan SGK yardımları indirilir.

Model olayımızda tazminat miktarının 400.000,00 TL olarak sonuçlandığını varsayalım. SGK'nın yapmış olduğu 80.000,00 TL tutarındaki ödeme düşüldükten sonra hükmedilecek miktar 320.000,00 TL olacaktır.

(A)'ya ferdi kaza sigortası kapsamında ödenen 100.000,00 TL, meblağ sigortalarında zenginleşme yasağı olmadığından hesaplanan 320.000,00 TL tazminatın indirilmeyecektir.¹¹⁵

3. Tazminat Miktarının Somut Model Üzerinden Sorumluluk - Rücu ve Görev Yönünden İrdelenmesi

a. Sorumluluk ve Görev

Maddi tazminat tutarı 400.000,00 TL'nin tahsili için işçi (A), işveren (B), sürücü (C), sigortacısı (S1), üçüncü şahıs (D), (E) ve sigortacı (S2), işveren *iş mahkemesinde* dava açarak müteselsilen tüm davalılardan tazminat talep edebilir.¹¹⁶

b. Rücu ve Görev

aa. SGK Açısından

SGK, yaptığı yardımları, iş mahkemesinde açacağı dava ile davalı olarak göstereceği (B), (C), (S1), (D), (E) ve (S2)'den müteselsilen ister. SGK davalılar-

¹¹⁵ YHGK, K.T: 27.06.2018, 2018/504 E., 2018/1258 K., E.T: 07.08.2024 (www.corpus.com.tr).

¹¹⁶ 7036 s. K., m.5/f.1, a; YHG, K.T: 23.10.2018, 2015/3892 E.; 2018/1554 K., E.T: 19.06.2024 (www.corpus.com.tr).

dan birini, örneğin poliçe limiti karşılıyor ise (S1)'i davalı göstererek isteyebilir. (S1)'de diğer sorumlulara, kusurları oranınca, kendi sigortalısı (B) ve sürücüsü (C)'ye sadece sigorta sözleşmesi ve genel şartları hükmünce, rücu edebilir. Somut olayda SGK, zarar gören işçiye yapmış olduğu 80.000,00 TL tutarındaki yardımları 5510 s.K. m.21 ve şartları varsa m.39'a göre rücu eder.

bb. Diğer Sorumlular Açısından

Kural olarak dış ilişkide ödemeyi yapan, iç ilişkide diğer sorumlulara döner (TBK m.61).

İşçi-işveren-SGK arasındaki uyuşmazlıklarda daha önce söz edildiği gibi *iş mahkemeleri görevlidir* (TBK m.62, 7036 s.K. m.5).

Ancak alacaklıyı (işçiyi) tatmin eden borçlu, kendi kusuru dışında kalan miktarı diğer sorumlu paydaşlardan ister (TBK m.62).

6102 s. TTK m.5/f.1'e göre tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakar. Aynı Kanunun m.4/(1)'de her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın (b), (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilen hukuk davaları, asliye ticaret mahkemesinin görev alanında kabul edilmektedir. TTK m.3'te de TTK'da düzenlenen hususlarla ilgili bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlem olarak vasıflandırılmıştır.

Somut olayımızda hem işveren hem de karşı araç işletenin tacir olduğu göz önünde tutulduğunda, sigorta şirketlerinin birbirine rücu davalarında *asliye ticaret mahkemeleri* görevlidir. O yerde asliye ticaret mahkemesi yok ise asliye hukuk mahkemeleri ticaret mahkemesi sıfatı ile görev yapar (TTK m.5/f.4).

Sigorta şirketi ile sigortalı arasında sigorta sözleşmesinden doğan ve taraflar arasında akdedilen sigorta sözleşmesi tüketici işlemi sayıldığından, *davalar tüketici mahkemelerinde görülür*.¹¹⁷

ZMSS'den ve İMSS'dan doğan davalar ise *asliye ticaret mahkemelerinde görülür*.¹¹⁸

¹¹⁷ Y. 17. HD, K.T: 18.03.2019, 2016/7889 E., 2019/3084 K., E.T: 19.06.2024 (mevzuat.sinerji.com.tr).

¹¹⁸ Y. 17. HD, K.T: 22.11.2018, 2016/1339 E., 2018/11151 K., E.T: 19.06.2024 (www.corpus.com.tr); Yargıtay kararında, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun, 22.03.1944 tarihli 37/E., 9/K. sayılı kararına referans vererek, sigortacının sorumlu kişiye açacağı halefiyet davalarının sigorta sözleşmesinden kaynaklanmaması nedeniyle davanın ticari dava sayılmayacağını; ancak eldeki olayda sigortalının, sigorta korumasına aldığı aracın ruhsatında "okul servis-ticari" olarak vasıflandırılması nedeniyle davada görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğuna karar vermiştir.

SONUÇ

Trafik-iş kazaları, bu vasfı kazanabilmesi için olayın mutlak suretle iş kazası unsurlarını taşıması gereklidir. İş kazası ile *trafik-iş kazası* arasında temel fark trafik-iş kazasında, kazanın işin yürütümü kapsamında, trafikte meydana gelmesidir.

Hareket noktamız, bedensel zarara uğrayan/ölen işçidir. Doğal olan işçinin sigortalı olmasıdır. Ancak eylemli olarak işverene bağımlı olarak çalışan işçinin kazaya uğraması onun sigorta haklarından yoksun kalacağı anlamına gelmez. *Tespit davası* ile sorun çözülebilir.

Trafik-iş kazasının da işçinin, işverenin *iş organizasyonu* içinde ve *işin yürütümü* ile ilgili bir durumda ve karayolunda - trafikte -bedensel zarara uğraması ya da ölmesidir.

İşçinin, trafik-iş kazasında uğradıkları bedensel zararların tespitine ilişkin yönetmelik ile trafik ya da haksız fiil sonucu zarar görenlerin, bedensel zararlarının tespitine ilişkin yönetmeliklerin farklı oluşları tartışılması gereken bir konudur. Bu durumun ayrıca rücu ilişkilerinde sorun yaratacağı kaçınılmazdır. AYM'nin KTK m.90'daki iptal kararından sonra, TBK'nın esas alınması, iş göremezliğin tespitinin de Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Güç Kaybı Oranında Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nin uygulanması, bedensel zararlarda uygulama birliği yaratacağı ve bunun da gerçek anlamda hukuk güvenliğini sağlayacağını söyleyebiliriz. Bu günkü uygulama ise tam aksinedir.

Trafik kazasının SGK'ca *iş kazası* olarak kabulü gerekir. Aksi halde, açılacak *tespit davası* ile uyumsuzluk giderilebilir.

Sorumluluk açısından bakıldığında iş kazalarında, işverenin özellikle 6331 sayılı Kanun bağlamında geniş bir sorumluluk alanı bulunmaktadır. Katılmamakla birlikte, *Yargıtayca* bu durumu *objektifleştirilmiş kusur* sorumluluğu olarak benimsenmiştir. Bu görüş çok sayıda yargı kararı ile köklemiştir.

Trafik kazalarında, işverenin, işleticinin ve teşebbüs sahibinin sorumluluğu KTK m.85 gereğince *tehlike sorumluluğuna*, sürücüler ise, *kusur sorumluluğuna* tabidir.

Buradaki sorunlardan biri, trafik kazalarında işleten, araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu, tehlike sorumluluğu kapsamında iken, işverenin hukuki sorumluluğunun objektifleştirilmiş kusur sorumluluğu olmasıdır. Ancak KTK m.85'e göre trafik-iş kazalarında işverenin sorumluluğu tehlike sorumluluğuna tabidir. O halde işverenin, işçisinin, işin yürütümüyle ilgili görev sırasında, trafikte kazaya uğraması halinde, *işveren tehlike sorumluluğu ile yükümlüdür*. TBK m.71'den hareket edilmesi halinde de durum değişmeye-

cektir. Dolayısıyla tehlike sorumluluğu kapsamında işveren geniş bir sorumluluk yelpazesi içinde yer alır. Bilirkişiler de bu kapsamda değerlendirme yapmak zorundadırlar.

İşverenin, SGK karşısında sorumluluğu esas olarak 5510 s.K. m.21/f.1,2,3 kapsamında ele alınır. Üçüncü kişinin sorumluluğu aynı maddenin dördüncü fıkrası ile 39. maddesi uyarınca değerlendirilir.

Sigorta konusuna gelince, KTK'da yer alan *ZMSS zorunlu bir sigorta türüdür*. Ancak TTK'da doğan sigorta türleri de trafik kazalarında yer alabilir. Dolayısıyla, bir tarafta 5510 sayılı Kanun, diğer tarafta TTK hükümleri uygulanı alanı bulacaktır. Bunların dışında "İşverenin Sorumluluk Sigortası" üçüncü bir sigorta türü olarak karşımıza çıkar.

Halefiyet konusu sigorta türlerine göre değişir.

Rücada da aynı durum gözlenir. Özellikle sigortanın devreye girdiği hallerde, tarafların hukuki niteliği davaların *bakım ve görüm yeri olan* mahkemelerin görevlerini de etkiler.

Sorumluluktan başlayarak rücu ile bitirdiğimiz bu incelememizi varsayımsal bir somut model üzerinde uygulamamız, bir anlamda okuyucuda iz bırakabilme amacını taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- AKIN, Levent:** İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001.
- ARICI, Kadir:** “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2017, İstanbul 2019, s. 497-568.
- ARICI, Kadir:** Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 2, Ankara 2022.
- ASLANKÖYLÜ, Resul:** Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, C. I, C. II, Ankara 2015.
- AYDIN, Ufuk:** Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2019-2020, İstanbul 2022, s. 533-647.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet:** Sigorta Hukuku, B. 6, Ankara 2023.
- BAŞBUĞ, Aydın:** İş ve Hukuk Çalışanların Hakları ve Sorunları, Ankara 2015.
- BAYSAL, Başak:** Zarar Görenin Kusuru, Müterafik Kusur Doçentlik Takdim Tezi, İstanbul 2012.
- BİRİŞİK, Faik:** “İşveren Sorumluluk Sigortası, Sigorta Davaları” Ed. Sigorta Davaları, Ed.: Mustafa Topaloğlu/Mutlu Dinç, B. 3, Ankara 2022, s. 1257-1275.
- CİVAN, Ersun, Orhan:** “İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları”, AÜHFD, 64(3), 2015, s. 531-594.
- CİVAN, Ersun, Orhan:** “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi”, 2021, İstanbul 2023, s. 507-743.
- ÇEKER, Mustafa:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku, B. 27, Adana 2023.
- ÇELİK, Çelik Ahmet:** “Beden Gücü Kaybının Tespit”, THD, s. 210, Şubat 2024.
- ÇELİK, Çelik Ahmet:** Bedensel Zararlar, B. 2, Ankara 2021.
- ÇELİK, Çelik Ahmet:** Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuku ve Ceza Sorumluluğu, B. 4, Ankara 2023.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANPOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment:** İş Hukuku Dersleri, B. 36, İstanbul 2023.
- ÇENBERCİ, Mustafa:** İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986.
- DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre:** Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Ankara 1983.
- EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal:** Eren Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, B. 1, 2023 (Şerh).
- EREN, Fikret:** Borçlar ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974.

- ERTÜRK, Şükran:** “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016, İstanbul 2018, s. 745-1045.
- GÜRSOY, K. Tahir:** “İşverenin Sorumluluğu (BK m.332, İş K. m.73)”, AHFD, C. XXVI, 1974, s. 185-198.
- GÜZEL, Ali/OKUR, A. Rıza/CANIKLIOĞLU, Nursen:** Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 19, İstanbul 2021.
- KAHRAMAN, Zafer:** Beklenmedik Haller ve Sonuçları, İstanbul 2023.
- KAR, Bektaş:** İş Yargılaması Usulü, B. 3, Ankara 2021.
- KENDER, Reyâgan:** Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, B. 8, Ankara 2005.
- KILIÇOĞLU, Mustafa:** Cismani Zarar Ölüm Halinde İşverenin Hukuki Sorumluluğu ve Tazminat Esasları, Özellikle Zararın ve Tazminatın Hesaplanması Açısından, Ankara 2002 (Tez).
- KILIÇOĞLU, Mustafa:** Tazminat Hukuku, C. I, C. II, İstanbul 2024.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz:** Haksız Eylem (Fiil) Kusuru, Doçentlik Tezi, Ankara 2022.
- KÜRTÜL, Mehmet:** Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları, C. I, Ankara 2021.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş:** İş Hukuku, B. 7, Ankara 2022.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay:** İş Hukuku, B. 13, Ankara 2023.
- SERTKAYA, Şehabettin/KARAKAYA, D. Aksoy:** Sigorta Hukuku ve Trafik Kazasından Kaynaklanan Tazminat Davaları, B. 1, Ankara 2022.
- SÜZEK, Sarper:** İş Hukuku, B. 21, İstanbul 2021.
- TANDOĞAN, Haluk:** Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961.
- TERCİER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- TUNCAY, A. CAN/EKMEKÇİ, Ömer/GÜLVER, Ender:** Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, B. 22, İstanbul 2023.
- YILMAZ, Hamdi:** “Tehlike Sorumluluğun ve Sorumluluğun Çatışması”, Y.D., C. 21, S. 3, Temmuz 1995.

Ceza Yargılamasındaki Haksız Tahrikin, Haksız Fiilden Doğan Tazminat Talebinde Zarar Görenin Kusuru Olarak Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of Unjust Provocation in Criminal Proceedings as the Contributory Negligence in the Compensation Claim Arising from the Tort

Dr. Öğr. Üyesi Bengisu ÖNDER SÜYEN^(**)

Öz:

Suç ve haksız fiil, konu, içerik ve tâbi oldukları yaptırım bakımından birbirinden farklı kavramlardır. Suç, ceza hukukuyla ilgili olup ceza yaptırımına tabi iken; haksız fiil, sorumluluk hukukuna ilişkin olup tazminat yükümlülüğü doğurmaktadır. Bu sebeple, Türk Borçlar Kanunu m.74'te hukuk hakiminin, ceza mahkemesinin kararları karşısında bağımsız olduğu düzenlenmiştir. Ancak hâkimin bağımsızlığı mutlak olmayıp nispi bir nitelik taşımaktadır. Ceza mahkemesi kararının hukuk hakimini bağladığı hallerden biri, ceza mahkemesinin maddi vakianın varlığına ilişkin yaptığı tespittir. Bu durumda hukuk hâkimi, tespit edilen maddi vakıyı göz ardı edemez. Ceza mahkemesinin haksız tahrik nedeniyle sanığın cezasında indirim yaptığı durumlarda, hukuk hakiminin, tazminatın belirlenmesinde bu durumu zarar görenin kusuru olarak değerlendirerek tazminat miktarında TBK m.52/II hükmü uyarınca indirim yapıp yapmayacağı ya da indirim oranını nasıl belirleyeceği hususunda Yargıtay'ın birbirinden farklı kararları bulunmaktadır. Hukuk hakiminin, sadece maddi vakiaların tespiti ile sınırlı olarak ceza mahkemesinin kararı ile bağlı olduğu, buna karşılık TBK m.74/II uyarınca, zarar miktarını belirlemede bağımsız olduğu kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler:

Haksız Tahrik, Zarar Görenin Kusuru, Suç, Haksız Fiil, Tazminatta İndirim.

Abstract:

Crime and tort are different concepts in terms of subject matter, content and sanction. While a crime is related to criminal law and is subject to criminal sanctions, a tort is related to the law of liability and creates an obligation of compensation. For this reason, Article 74 of the Turkish Code of Obligations (TCO) stipulates that the civil judge is independent from the decisions of the criminal court. However, this independence is not absolute but relative. One of the cases in which the decision of the criminal court binds the civil judge is the determination of the criminal court regarding the existence

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 30.05.2024 - Makale Kabul Tarihi: 08.06.2024.

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: bengisuonder@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-5664-8947>.

of a material fact. In cases where the criminal court reduces the defendant's sentence based on unjust provocation, there are different decisions of the Court of Appeal on whether the civil judge will reduce the amount of compensation in accordance with Article 52/1 of the TCO by considering the fault of the injured party. It should be accepted that the civil judge is bound by the decision of the criminal court only limited to the determination of the material facts, whereas he is independent in determining the amount of damage pursuant to Article 74/2 of the TCO.

Keywords:

Unjust Provocation, Contributory Negligence, Crime, Tort, Reduction in Compensation.

GİRİŞ

Ceza hukuku bakımından suç oluşturan bir davranışın aynı zamanda haksız fiil niteliği taşıdığı durumlarda, ceza yargılaması sırasında yapılan tespitlerin ve verilen kararın hukuk yargılamasında hâkimi ne oranda bağlayacağı önemli bir sorundur. Her ne kadar TBK m.74'te kanun koyucu, hukuk hakiminin bağımsız olduğunu belirtmiş ise de, bu bağımsızlığın bazı sınırları bulunmaktadır. Örneğin, ceza yargılamasında maddi vakia olarak tespit edilen durumların hukuk hâkimi tarafından gözetilmesi gerekmektedir. Ceza mahkemesinin haksız tahrik nedeniyle cezadan indirim yaptığı hallerde Yargıtay, hukuk hakiminin bu durumu zarar görenin kusuru olarak değerlendirerek TBK m.52/I kapsamında tazminatı indirmesi gerektiği yönünde bir yaklaşım sergilemekte, ayrıca tazminattan yapılacak indirim oranını cezada yapılan indirim oranı ile bağlantılı olarak değerlendirmektedir. Söz konusu yaklaşım, TBK m.74 hükmünün amacına aykırı nitelikte olup hâkimin bağımsızlığını zedelemektedir.

Çalışmamızda, öncelikle haksız tahrik ve zarar görenin kusuru kavramları açıklanıp bu kavramların birbirinden farkı ortaya konulduktan sonra, haksız tahrikin zarar görene kusur olarak yüklenip yüklenemeyeceği incelenmiştir. Daha sonra, ceza mahkemesi tarafından verilen kararın hukuk mahkemesine olan etkisi ele alınarak Yargıtay'ın konuya yaklaşımını değerlendirilmiştir.

I. HAKSIZ TAHRİK İLE ZARAR GÖRENİN KUSURU KAVRAMLARINA GENEL BİR BAKIŞ

A. Haksız Tahrik

Ceza hukuku, hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışın cezalandırılarak toplumun güvenliğinin sağlanması, kişilerin iradeleri ve çıkarları arasında düzenin korunması, toplumun gelişmesi koşullarının güvence altına alınması amaçlarını gütmektedir.¹ Cezanın konusunu suç oluşturmaktadır. Suç, hukuk düzeninin ce-

¹ Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2021, s. 3-4.

zai bir yaptırım öngördüğü beşerî her fiildir.² Suçu etkileyen birtakım durumlar bulunmaktadır. Bazı hallerde, aynı hukuka aykırı ve kusurlu davranışı gösteren iki failden biri, diğerinden daha az ceza alabilir. Eğer mağdur, kendi haksız davranışıyla faili suç işlemeye tahrik etmişse, hakkaniyet ilkesi, daha az miktarda bir cezaya hükmedilmesini gerektirir.³ Bu durum, Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik olarak isimlendirilmektedir.

Haksız tahrikin düzenlendiği Türk Ceza Kanununun m.29 uyarınca, “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*” Böylelikle haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan bir hal olarak kabul edilmiştir.

Haksız tahrik etkisi ile suç işleyen bir kişinin, kusur yeteneğinde azalma gerçekleştiği kabul edilerek verilecek ceza indirilmektedir. Yargıtay haksız tahriki şu ifadelerle açıklamaktadır; “*Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet ya da şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir.*”

Haksız tahrikten söz edilebilmesi için, suçun mağdurunun haksız bir fiilinin bulunması gerekmektedir. Söz konusu fiilin, her zaman suç olması gerekmez; hukuka aykırı olması yeterlidir.⁵ Söz konusu haksız fiil, muhatapta öfke ya da şiddetli üzüntü yaratmalıdır ve fail suçu bu duygu durumunun bir yansıması olarak işlemiş olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, failin davranışının, tahrik fiilinin haksızlığının failde yarattığı öfke ve üzüntüye dayanması gerekmektedir.⁶ Bu halde fail, mağdur tarafından gerçekleştirilen haksız harekete karşı tepkisini, onun aleyhine suç işleyerek göstermektedir.⁷

Tahrikin etkisiyle failin herhangi bir suç işlemesi mümkün olduğu için, şartların gerçekleşmesi halinde, haksız tahrik hükümlerinin tüm suçlar bakımından uygulanması mümkündür.⁸ Uygulamada daha çok adam öldürme ve kasten ya-

² **Hafizoğulları/Özen**, s. 151.

³ **Hafizoğulları/Özen**, s. 367.

⁴ YCGK, E. 2020/1-169 K. 2022/540; T. 13.09.2022 (KBİBB, E. T. 23.05.2024).

⁵ **Hafizoğulları/Özen**, s. 367; **Yurtcan, Erdener**: Yargıtay Kararları Işığı Altında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler), Cilt-1, 2. Bası, TBB Yayınları, Ankara 2015, s. 497; **Çetin, İbrahim**: Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara 2021, s. 76.

⁶ **Aydın, Devrim**: “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, C. 54, S. 1, 2005, s. 233.

⁷ **Aydın**, s. 228.

⁸ **Aydın**, 230; **Aritürk, Ramazan**: “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 16, S. 183, 2021, s. 2126.

ralama suçlarının haksız tahrik etkisiyle işlendiği görülmektedir.⁹ Ancak niteliği gereği bazı suçlar, haksız tahrik altında işlenmeye elverişli değildir. Örneğin, ırza geçme, yağma suçları ve taksirli suçlarda¹⁰ haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir.¹¹

Failin ve mağdurun karşılıklı olarak haksız davranışlarda bulunduğu hallerde, haksız bir davranış ile mağduru tahrik eden fail, karşılaştığı tepkiye dayanarak tahrik altında kaldığı savunmasında bulunamaz. Buna karşılık, karşılaştığı tepki ile kendi davranışı arasında açık bir oransızlık bulunuyorsa, fail bakımından bu davranışın haksız tahrik oluşturduğu kabul edilir.¹² Karşılıklı tahrik içeren davranışların bulunması halinde failin ve mağdurun haksız davranışları birbiriyle karşılaştırılarak öncelik sonralık ilişkisi kapsamında etki tepki şeklinde gelişip gelişmediği dikkate alınmalı, etkileri ve sonuçları göz önünde bulundurularak failin baştaki haksız davranışına verilen tepkide açık bir oransızlık tespit edilmesi durumunda, failin haksız tahrik hükümlerinden faydalanabileceği kabul edilmelidir.¹³

B. Zarar Görenin Kusuru

Tazminat hukukunun amacı, zarar görenin uğradığı zararın tazmin edilmesidir.¹⁴ TBK m.49/I uyarınca, “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” Haksız fiil sorumluluğu, hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışıyla başkasına zarar veren kişinin, sebep olduğu zararı gidermesini öngörmektedir.¹⁵ Kural olarak zarar, zarar veren kişinin fiilinden kaynaklanmakta, bu kişi sebep olduğu zararı tamamen tazmin etmekle yükümlü ise de, bu esas bazı hallerde değişebilmektedir. Nitekim, zararın doğmasında ya da artmasında zarar verenin davranışından başka kişilerin de payı bulunmakta ise, zararın verenin bütün zarardan sorumlu tutulması adil bir çözüm olmaz. Bu halde, zarardan doğan sorumluluğun zarara sebep olanlar arasında paylaşılması gerekir. Zarar görenin kusuru da bu kapsamda, sorumluluğun taraflar arasında paylaştırıldığı hallerden biridir.

⁹ Aydın, s. 230.

¹⁰ Ender de olsa bazı hallerde taksirli suçlarda da haksız tahrikin mümkün olduğu yönünde bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 368.

¹¹ Artürk, s. 2126.

¹² Yurtcan, s. 498.

¹³ Yurtcan, s. 498.

¹⁴ Nomer, Haluk N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 33; Tandoğan, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 159, Ankara 1961, s. 311; Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri Ankara 2021, s. 564.

¹⁵ Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 581; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, N. 1604.

Tazminat hukukunda ilke olarak tazminatın hesaplanmasından önce zararın belirlenmesi gerekmektedir. Belirlenen zarar miktarı, tazminat miktarının azami sınırını oluşturmaktadır.¹⁶ Tazminatın amacı, uğranılan zararın giderilmesi olduğu için hiçbir zaman zarar görenin zenginleşmesine yol açmamalıdır. Bu nedenle, belirlenen zararın üzerinde bir tazminata hükmedilmesi mümkün değildir.¹⁷ Buna karşılık tazminat miktarının, tespit edilen zarar miktarından az olması mümkündür. Tazminattan indirim sebeplerinden birinin bulunması bu duruma yol açar. TBK m.52 uyarınca, “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.” Böylelikle, zarar görenin kusurlu davranışı, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir.

Bir borç ilişkisinin tarafları, birbirlerinin menfaatini gözetmekle ve dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdür. Bu durum TMK m.2’de “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” demek suretiyle belirtilmiştir. İşte zarar görenin kusurunun tazminattan indirim yol açması da temelde dürüstlük kuralına dayanmaktadır.¹⁸ Zira bir kimse, zarar görmemek için özen göstermez ya da kendisinden beklenen önlemleri almayarak zararın artmasına neden olursa, söz konusu zarara tamamen zarar verenin katlanması dürüstlük kuralına uygun düşmez. Ayrıca zarar görenin kusurunun tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması, hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ilkesinin de doğal bir sonucudur.¹⁹ Bu durumda, zarar gören kişinin de kendi davranışının zarardaki payından sorumlu tutulması gerekir.²⁰

¹⁶ **Huguenin, Claire:** Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., 2019, N. 1886.

¹⁷ Yarg. 4. HD. E. 1982/1406 K. 1982/2552 T. 11.03.1982: “... uğranılan zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek sınırını teşkil eder. BK’nun 43. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tazminatın azami miktarı zararı aşmaz; ona eşit ve hatta azanda ondan aşağı olabilir. Bu itibarla hâkim zararın gerçek miktarını göz önünde bulundurmak suretiyle tazminatı belirlemekle yükümlüdür.” (KBİBB, E. T. 24.05.2024).

¹⁸ **Baysal, Başak:** Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012, s. 29; **Eren, Fikret:** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 361, Ankara 1975, s. 190; **Stehle, Bernhard/Reichle, Sebastian:** Prajudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020) Zehnte Auflage, 2021, OR Art. 44, N. 1.

¹⁹ **Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal:** Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2022, m.51-52, N. 41.

²⁰ **Tiftik, Mustafa:** Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 108.

Zarar görenin kusurlu davranışının tazminat hukukunda iki etkisi bulunmaktadır. Eğer söz konusu davranış, zararın tek sebebi ise, yani zararı doğuran fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağına kesecek yoğunlukta ise, zarar veren sorumluluktan kurtulur.²¹ Buna karşılık, bu yoğunluğa ulaşmayan zarar görenin kusurlu davranışı, TBK m.52/I uyarınca tazminattan indirimine gidilmesine yol açar.²² Zarar görenin kusuru, iki şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak zarar gören, zararın doğmasına kendi davranışlarıyla etki etmiş olabilir, ikinci olarak da zarar gören, meydana gelen zararın kendi davranışlarıyla artmasına yol açmış olabilir.²³

TBK m.52/I hükmünde kanun koyucu, zarar görenin zararın doğmasına yardım eden ya da artmasına sebep olan davranışlarının bulunduğu bir olayda hâkime, tazminatı indirim ya da tazminata hükmetmekten vazgeçme hususunda takdir yetkisi tanımıştır. Buna göre hâkim, önüne gelen olayın bütün özelliklerini dikkate alarak tarafların kusur oranlarını değerlendirerek TMK m.4 uyarınca takdir hakkını kullanır.

Kanun koyucunun zarar görenin zararın doğmasına ya da artmasına sebep olmaktan kaçınmaya yönelik getirdiği davranışlar, külfet niteliği taşımaktadır.²⁴ Külfet, bir borç ilişkisinde alacaklının, söz konusu hukuki ilişkiden doğan hakları kazanabilmesi için ya da kazandığı hakları muhafaza edebilmesi için getirilen davranış kuralları bütünüdür.²⁵ Oysa borç, alacaklının, borçlu ile aralarında kurulan borç ilişkisine dayanarak, borçludan talep etme yetkisine sahip olduğu, borçlunun ise yerine getirme yükümlülüğü altında bulunduğu edimdir.²⁶ TBK m.52/I hükmünde, bir kimsenin kendi uğradığı zarara etki eden davranışının tazminatın indirilmesi sonucunu doğuracağı düzenlenmiştir. Zarar görenin kusurlu olması, ona karşı ifa davası açılması ya da tazminat talep edilmesi sonucunu doğurmayaacağı için, ona yüklenen bu davranışlar, külfeti niteliğindedir.

II. HAKSIZ TAHRİK İLE ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN BİRBİRİNDEN AYIRT EDİLMESİ

Türk Borçlar Kanunu m.52/I'de tazminattan indirim sebebi olarak düzenlenen zarar görenin kusurunun ceza yargılamasındaki karşılığı, haksız tahrik olarak ifade edilebilir. Zira her iki halde de mağdurun uğradığı zarara kendi davranışla-

²¹ **Huguenin**, N. 1889; **Eren** (Uygun İliyet), s. 187 vd.; **Tandoğan**, s. 318.

²² **Müller, Christoph**: Obligationenrecht- Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, OR. 44, N. 3.

²³ **Baysal**, s. 35 vd.

²⁴ **Baysal**, s. 30; **Eren** (Borçlar Genel), N. 118; **Altınok Ormancı, Pınar**: Zararı Azaltma Külfeti, 1. Baskı, Aralık 2016, s. 17; **Nomer**, s. 85.

²⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 31-32; **Eren** (Borçlar Genel), N. 118.

²⁶ **Eren** (Borçlar Genel), N. 60; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 6.

ıyla etki ettiği görülmektedir. Mağdurun (zarar görenin) bu yöndeki davranışı, ceza hukuku ve borçlar hukuku alanlarında, bir indirim sebebi olarak öngörül- müştür. Ancak iki hukuk sisteminin yaptırımının farklı olması, indirimin niteli- ğinin de farklı olmasını beraberinde getirmektedir. Ceza yargılaması bakımından haksız tahrik teşkil eden bir davranış, cezanın indirilmesi sonucunu doğurmak- tadır. Buna karşılık haksız fiil sorumluluğunda aynı davranış, zarar görene kusur olarak yüklenerek tazminattan indirim yapılmasına neden olmaktadır. Dolayı- sıyla, ceza hukukundaki haksız tahrik, cezanın belirlenmesine ilişkin bir mesele olmasına karşılık haksız fiil sorumluluğu bakımından zarar görenin kusuru olarak nitelendirilen bu davranış, hesaplanan tazminatın miktarına etki etmektedir. Di- ğer bir anlatımla zarar görenin kusuru, tazminat sorumluluğunu; haksız tahrik ise cezai sorumluluğu hafifleten bir haldir.

Doktrindeki hâkim görüşe göre, haksız tahrik, kusuru azaltan bir sebeptir.²⁷ Buna göre, zarar görene (tahrik edene) karşı işlediği suçta fail, kusurlu olmakla birlikte, haksız tahrik, failin iradesinde zayıflama meydana getirdiği için onun kusurunu hafifletmektedir. Bu da, failin kusurunun daha hafif değerlendirile- rek işlediği suçun cezasının indirilmesine sebep olmaktadır.²⁸ Buna karşılık, zarar görenin kusurlu davranışı, taraflardan herhangi birinin davranışının sonuçlarını azaltmamakta olup taraflardan her ikisi de kusurları oranında meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaktadırlar.

Kusur sorumluluğu kapsamında doğan zararların tazmin edilmesinde, za- rar görenin kusuru, tazminat miktarının hesaplanmasında dikkate alınarak so- rumluluğun taraflar arasında kusurları oranında paylaşılmasına sebep olur. Böylelikle taraflar, gerçekleşen zarardaki paylarına göre sorumlu tutulur. Oysa ceza hukukunda, taraflardan biri suçludur ya da değildir; suçun iki tarafa pay- laştırılması mümkün değildir.²⁹ Bu halde kanun koyucu, haksız tahrik içeren davranışın failde yarattığı duygu durumunu dikkate alarak, söz konusu davranı- şın, işlenen suç nedeniyle hükmedilecek ceza miktarında indirim yol açacağını öngörmektedir.

Zarar görenin kusurundan farklı olarak haksız tahrikte, cezanın ortadan kal- dırılması ya da indirilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmış değildir; hâkim verilecek cezanın ancak indirilmesine hükmedebilir.

²⁷ Kangal, Zeynel T.: "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", EÜHFD, C. XIV, S. 3-4, 2010, s. 31.

²⁸ Kangal, s. 31.

²⁹ Günel, Yılmaz H.: "Müterafik Kusur", 1961, s. 220.

III. HAKSIZ TAHRİK İÇEREN DAVRANIŞIN ZARAR GÖRENİN KUSURU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Türk Ceza Kanunu'nda Suç Olarak Sayılan Her Davranışın Haksız Fiil Oluşturup Oluşturmayaçağı Sorunu

Haksız fiiller, genellikle aynı zamanda bir suç oluştururlar. Ancak haksız fiil ve suç kavramları birbirinden farklıdır. Suç, ceza hukuku ile alakalı bir kavram iken, haksız fiil, borçlar hukukuna ilişkin bir kavramdır. Bu sebeple, her suç niteliği taşıyan hukuka aykırı davranışın, aynı zamanda bir haksız fiil oluşturduğu söylenemez.³⁰

Haksız fiil ve suç kavramları arasındaki temel farklılık, tabi oldukları hukuk alanlarının amaçlarının birbirinden farklı olmasından ileri gelmektedir. Ceza hukukunun amacı, toplumun huzurunu sağlamak, toplum için zararlı kimseleri ıslah edici önlemleri almak, bunları toplumdan uzaklaştırmak iken; tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler, kişileri zarar görmemeleri için koruma amacı gütmekte olup daha bireysel ve özel nitelik taşırlar.³¹ İki hukuk dalının amaçlarının birbirinden farklı olması, bunların yaptırımlarının da farklı olması sonucunu doğurur. Zira, birinin yaptırımı ceza iken diğersininki tazminattır.

Suçların kanuniliği ilkesi, suç ile haksız fiili birbirinden ayıran noktalardan biridir.³² TCK m.2/I maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi, kanunsuz suç ve cezanın olmayacağını ifade etmektedir.³³ Dolayısıyla, bir fiilin suç oluşturabilmesi için bunun kanunda sayılmış olması gerekmektedir. Buna karşılık haksız fiiller, kanunda özel olarak tek tek belirlenmemiştir. TBK m.49/I'deki unsurları taşıyan her davranış, haksız fiil olarak kabul edilmektedir.

TCK m.29'da öngörülen haksız tahrikin, bir indirim sebebi oluşturabilmesi için, tahrik fiilinin haksız olması gerektiği ifade edilmiştir. Tahrik fiilinin haksız olarak nitelendirilmesi, fiilin hukuka aykırılığını ifade etmektedir.³⁴ Hukuka aykırılık unsuru, haksız fiil sorumluluğunun da kurucu unsurudur. Hukuka aykırılık, hukuk düzenine aykırılığı ifade ettiği için suç ve haksız fiil bakımından ortak bir unsurdur.³⁵ Suç teşkil eden her davranışın haksız fiil niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenebilmesi için, öncelikle hukuka aykırılık unsurunun haksız fiil sorumluluğu bakımından incelenmesinde yarar görmekteyiz.

³⁰ **Kılıçoğlu, Ahmet M.:** "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", AÜHFĐ, C. 29, S. 3, 1973, (s. 185-225), s. 185; **Kılıçoğlu** (Borçlar Genel), s. 583.

³¹ **Tandoğan**, s. 347.

³² **Tandoğan**, s. 348; **Kılıçoğlu** (Borçlar Genel), s. 588.

³³ **Hafizoğulları/Özen**, s. 19.

³⁴ **Aydın**, s. 234. Madde gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır: "... haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye karşı yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir".

³⁵ **Aydın**, s. 234.

Kusur sorumluluğunun kurucu unsurlarından biri, hukuka aykırılıktır. Zira TBK m.49/I'e göre "*hukuka aykırı bir fiille*" zarar veren kimsenin söz konusu zararı gidermesi öngörülmüştür. Hukuka aykırılık, sorumluluğun objektif şartını oluşturmaktadır.³⁶ Kanunda sorumluluğun şartlarından biri olarak hukuka aykırılık öngörülmüş olmakla birlikte, bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Bu sebeple, hukuka aykırılığı açıklamak üzere doktrinde iki teori ileri sürülmüştür. Bunlar, objektif hukuka aykırılık teorisi ile sübjektif hukuka aykırılık teorisi.³⁷

Sübjektif teoriye göre, failin işlemeye yetkili olmadığı fiiller hukuka aykırı olarak kabul edilir.³⁸ Buna göre bir davranışın hukuka aykırılığının belirlenmesinde temel ölçüt, failin sorumlu tutulduğu davranışın bir hakka dayanıp dayanmadığı, onun herhangi bir yetkisinin bulunup bulunmadığıdır.³⁹ Eğer fail, zarar verici fiili yetkili olarak işlemişse, bunun sonucunda başkası zarar görmüş olsa dahi, hukuka aykırılık unsuru oluşmaz.

Objektif teoriye göre ise, bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığının belirlenmesinde, failin davranışı esas alınır. Buna göre, failin zarara sebep olan davranışı, aynı zamanda genel bir davranış kuralının da ihlali niteliği taşıyorsa, hukuka aykırı olarak nitelendirilir.⁴⁰ Diğer bir anlatımla, kişilerin malvarlıklarını ve şahıs varlıklarını korumayı amaçlayan yazılı ya da yazılı olmayan emredici hukuk kurallarının ihlali, hukuka aykırı olarak nitelendirilir.⁴¹ Türk-İsviçre hukukuna, objektif hukuka aykırılık teorisi hakimdir.⁴² Buna göre hukuka aykırılık, mutlak hakların ihlali ya da özel koruma normlarının ihlali şeklinde meydana gelir.⁴³

Mutlak haklar, kişilik hakları, aynı haklar ve fikir üzerindeki haklardan oluşmaktadır.⁴⁴ Bu haklar, herkesin uymakla yükümlü olduğu ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Mutlak hakları üçüncü kişilerin müdahalelerinden korumayı amaçların davranış normları ise, "*temel koruma normları*" olarak adlandırılır.⁴⁵ Bu normlara aykırı davranarak bir kimsenin mutlak haklarını ihlal eden davranış

³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 476.

³⁷ Eren (Borçlar Genel), N. 1808.

³⁸ Eren (Borçlar Genel), N. 1809; Gümüş, s. 433.

³⁹ Huguenin, N. 1943; Eren (Borçlar Genel), N. 1809; Gümüş, s. 433-434.

⁴⁰ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 18. Bası, İstanbul 2023, N. 46; Eren (Borçlar Genel), N. 1810.

⁴¹ Huguenin, N. 1942.

⁴² Huguenin, N. 1942; Eren (Borçlar Genel), N. 1811.

⁴³ Huguenin, N. 1942; Eren (Borçlar Genel), N. 1831 vd.; Oğuzman/Öz, N. 51 vd.

⁴⁴ Eren (Borçlar Genel), N. 1832.

⁴⁵ Temel koruma normları, başkasını öldürme, başkasının vücut bütünlüğünü, kişiliğini, aynı hakkını ve zilyetliğini, fikri haklarını ihlal yasağı ve dürüstlük kuralına aykırı davranma yasağından oluşur. Bkz. Eren, Borçlar Genel, N. 1836.

hukuka aykırı kabul edilir. Zarar görenin mutlak hakkını koruyan norm, özel huktan doğabileceği gibi ceza hukukundan da doğabilir.⁴⁶

Diğer bir hukuka aykırılık hali ise, özel koruma normlarının ihlalidir. Bir kimsenin mutlak haklar dışında kalan, malvarlığı menfaatlerinin korunması amacıyla getirilen normlar, özel koruma normları olarak adlandırılır. Özellikle zarar görenin malvarlığını ve ticari menfaatini koruyan haklar, bu niteliktedir.⁴⁷ Ancak bu normların ihlalinin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, aynı zamanda bireylerin yararını da gözetmesi gerekir. Aksi takdirde, özel koruma normlarının ihlali, TBK m.49/I kapsamında haksız fiil olarak nitelendirilemez.⁴⁸

Bu açıklamalar ışığında denilebilir ki; her haksız fiil suç niteliği taşımaya-çağı gibi her haksız fiil de bir suç oluşturmaz. Öncelikle, bireylerin menfaatini gözetmeyen ancak suç olarak sayılan davranışlar (örneğin devletin siyasi bütünlüğünü bozmaya teşebbüs, vatana ihanet, kırmızı ışıkta karşıdan karşıya geçilmesi, süratli araba kullanılması vb.) borçlar hukuku anlamında bir haksız fiil teşkil etmez.⁴⁹ Ceza hukukunda suç oluşturan bir davranışın, borçlar hukuku bakımından da sonuç doğurabilmesi için önemli olan, cezalandırmanın özel hukuk kişilerini zarardan koruma amacı taşımasıdır.⁵⁰ Diğer bazı fiiller ise, haksız fiil niteliği taşımakla birlikte suç teşkil etmezler. Bu fiiller, her ne kadar özel hukuk yaptırımına tabi tutulmuş ise de ceza hukuku bakımından bir yaptırıma bağlanmamıştır.⁵¹ Örneğin, ihmale dayalı haksız rekabet fiilleri ile nişanın haklı sebep olmaksızın bozulması hallerinde durum böyledir.⁵² Bazı fiiller ise, haksız fiil ile suç kümelerinin kesişim noktasında bulunurlar; yani hem haksız fiil hem de suç oluşturlar.⁵³ Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak sayılan fiillerden dolandırıcılık, hırsızlık, yaralama, hakaret, sövme, kıymetli evrakta sahtecilik, yalancı tanıklık gibi suçlar kamu menfaatinin korunmasının yanı sıra bireylerin menfaatlerini de koruma amacı güttüğü için TBK m.49/I anlamında hukuka aykırı kabul edilir.⁵⁴

⁴⁶ Eren (Borçlar Genel), N. 1837; Gümüş, s. 435.

⁴⁷ Eren (Borçlar Genel), N. 1843; Gümüş, s. 435.

⁴⁸ Eren (Borçlar Genel), N. 1845.

⁴⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 478; Eren (Borçlar Genel), N. 1845; Tandoğan, s. 348; Kapancı, Kadir Berk: "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m.74)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2016, s. 515.

⁵⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 478.

⁵¹ Kapancı, s. 514.

⁵² Tandoğan, s. 348; Kılıçoğlu (Borçlar Genel), s. 583.

⁵³ Tandoğan, s. 348; Kapancı, s. 515.

⁵⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 478; Eren (Borçlar Genel), N. 1845; Kılıçoğlu (Ceza Hukuku), s. 186; Kılıçoğlu (Borçlar Genel), s. 583-584.

B. Zarar Görenin Haksız Tahrik İçeren Davranışının Kendisine Kusur Olarak Yükleneceği

Zarar görene kusur olarak yüklenen hallerden biri, zarar görenin zararın doğmasına etki etmiş olmasıdır. Eğer bir kimse, zararın doğmasını kendi davranışlarıyla kolaylaştırmışsa ya da zarar verenin davranışının sebep olabileceği zararlı sonuçları önlemeyi ihmal etmişse, zarar görenin zararın doğumundaki kusurundan söz edilir.⁵⁵

Zarar görenin zararın doğmasına yol açan davranışı, haksız fiilden önce ya da haksız fiil işlendiği sırada gerçekleşebilir.⁵⁶ Haksız fiilin gerçekleşmesinden önce zarar görenin zararın doğmasına etki eden davranışının en tipik şekli, tahriktir.⁵⁷ Haksız tahrik sonucu işlenen suç, aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ettiği takdirde, haksız fiilden doğan tazminat talebinde zarar görenin haksız tahrik içeren davranışı, tazminattan indirimine gidilmesine sebep olabilir. Diğer bir ifadeyle, zarar görene kusur olarak yüklenen hallerden biri de tahriktir.⁵⁸

Bir kimse, karşısındakini tahrik etmesi sonucunda bir zarara uğramışsa, uğradığı zararda kendi davranışlarının da etkili olduğu kabul edilir ve bu durum tazminatın hesaplanmasında dikkate alınır. Zira, herkesin kendi davranışlarının sonuçlarına katlanması, dürüstlük kuralının bir gereğidir. Örneğin (A), (B)'ye ağır hakaretlerde bulunmuş, sinirine hâkim olamayan (B) de (A)'yı darp etmiştir. Somut olayda (B), kasten yaralama suçu işlemiştir ve onun TCK m.86 kapsamında cezalandırılması gerekir. Buna karşılık yaralama suçunun oluşmasına (A), kendi davranışıyla etki etmiştir. Dolayısıyla olayda (A)'nın haksız tahrik niteliğinde bir davranışı bulunmaktadır. Bu halde, (B) lehine hükmedilecek cezanın TCK m.129 uyarınca indirilmesi gerekmektedir. Yani, haksız tahrik niteliği taşıyan hakaret fiili, (B)'nin cezai sorumluluğunun hafiflemesine yol açar. Vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuran yaralama suçu, aynı zamanda bir haksız fiil niteliği taşımaktadır. İsterse (A), uğradığı haksız fiil kapsamında tazminat talep edebilir. Ancak bu durumda, haksız fiilin gerçekleşmesinden önce (A), kusurlu davranışıyla (karşı tarafa hakaret ederek) zararın doğmasına etki etmiştir. Bu sebeple, TBK m.52/I dikkate alınarak (A) lehine hükmedilecek tazminat miktarından indirim yapılması gerekir.⁵⁹

⁵⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 597 vd.; Tiftik, s. 113.

⁵⁶ Tiftik, s. 113; Eren (Borçlar Genel), N. 2405.

⁵⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 597; Eren (Borçlar Genel), N. 2406.

⁵⁸ Feyzioğlu, Feyzi N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 1976, s. 535-536.

⁵⁹ Tiftik, s. 113-114; Tandoğan, s. 320.

IV. CEZA MAHKEMESİ TARAFINDAN VERİLEN KARARIN HUKUK MAHKEMESİNE OLAN ETKİSİ

A. Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk Arasındaki İlişki

Haksız fiilin kurucu unsurlarından olan kusur, ayırt etme gücü, hukuka aykırılık ve nedensellik bağı, ceza hukukunda da kullanılmaktadır. Buna karşılık zarar, iki hukuk dalının ortak unsuru değildir. Zira, haksız fiil sorumluluğunun aksine, cezai sorumluluk için bir zararın doğması gerekmez.⁶⁰ Gerek cezai gerekse hukuki sorumlulukta ortak olan kavramların ifade ettiği anlamlar ise birbiriyile aynı değildir.

İlk olarak kusur, sorumluluk hukukunda haksız fiilin kurucu unsuru iken; ceza hukukunda suçun kurucu unsurudur. Her iki hukuk dalı bakımından da kurucu unsur taşıyan kusur kavramı bakımından farklı esaslar benimsenmiştir. Sorumluluk hukukunda, bir davranışın kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, fail değil objektif bir insan tipi esas alınmaktadır; sorumlu kişinin bireysel durumu ve kişiliği göz önünde bulundurulmamaktadır.⁶¹ Zarar verenin davranışları, model olarak belirlenen davranışlardan sapıyorsa, kusurlu kabul edilmektedir. Oysa ceza hukukunda, kusur belirlenirken failin subjektif durumu göz önünde bulundurulmaktadır. Haksız fiil bakımından kusurun derecesi, sorumluluğun doğmasında değil tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşımaktadır.⁶² Oysa ceza hukukunda, birçok suçta kast unsuru aranmaktadır.⁶³

Ayırt etme gücü bakımından da iki hukuk dalında farklı esaslar kabul edilmiştir. Ceza hukukunda cezai ehliyet, belirli yaşlara göre belirlenmiştir. Buna karşılık, ceza hukuku bakımından ayırt etme gücü ve ehliyet için öngörülen yaş sınırları, özel hukuk alanındaki hukuki sorumluluk için söz konusu değildir.⁶⁴ Zira haksız fiil bakımından, kişi kaç yaşında olursa olsun, ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece sebep olduğu zarardan sorumludur. TMK m.13'te, kendi davranışlarının sonuçlarını anlayabilme ve buna uygun davranma yeteneğine sahip olanlar yaşı kaç olursa olsun ayırt etme gücüne sahip kabul edilmiştir.⁶⁵ Ayrıca, ceza hukukunda, ayırt etme gücüne sahip olmayan faile ceza verilmezken (TCK m.32/I); haksız fiil sorumluluğunda, ayırt etme gücünden yoksun kişilerin hakkaniyet ilkesi gereği sebep oldukları zararlardan TBK m.65 kapsamında sorumlu tutulmaları mümkündür.

⁶⁰ Kılıçoğlu (Borçlar Genel), s. 587.

⁶¹ Eren (Borçlar Genel), N. 1761; Tandoğan, s. 350.

⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 496.

⁶³ Eren (Borçlar Genel), N. 2575; Tandoğan, s. 350.

⁶⁴ Kılıçoğlu (Borçlar Genel), s. 590-591.

⁶⁵ Eren (Borçlar Genel), N. 1771; Tandoğan, s. 56.

Açıklanan sebeplerle iki hukuk düzeni arasındaki farklılıkları göz önünde bulunduran kanun koyucu, hukuk hakiminin, ceza hukukunun sorumluluk ile ilgili hükümleri ve ceza hakiminin kararları karşısında bağımsız olduğunu kabul etmiştir.

B. Hukuk Hakiminin Ceza Hukuku Kurallarıyla ve Ceza Mahkemesi Kararıyla Bağlı Olup Olmadığı Sorunu

Suç niteliği taşıyan bir davranışın aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi halinde, ceza hakiminin verdiği kararın hukuk hâkimini bağlayıp bağlamayacağına ilişkin düzenleme TBK m.74'te yer almaktadır. Bu hükme göre, "*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*"

İlgili düzenlemeyle hukuk hâkimi, Ceza Kanunu'nda yer alan sorumluluk hükümleri ve ceza hakiminin kararları bakımından bağımsızlaştırılmıştır. Bunun sebebi, haksız fiil ve suçun kapsamlarının ve unsurlarının farklı olması, ayrıca delillerin takdirine ilişkin TCK'da ve HMK'da birbirinden farklı esaslar öngörülmüş olmasıdır.⁶⁶ TBK m.74/I hükmünde kanun koyucu her şeyden önce, hâkimin zarar verenin kusurlu olup olmadığı ya da ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı konularında verdiği kararlarda, ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin hükümleri ile bağlı olmadığını düzenlemiştir. Kanun koyucu her ne kadar haksız fiilin sadece kusur unsurundan bahsetmiş ise de, doktrinde, hukuka aykırılık ve nedensellik bağı bakımından da hakimin ceza hukuku kurallarıyla bağlı olmadığı kabul edilmektedir.⁶⁷ Dolayısıyla, tazminat davasını gören hâkim, önünde gelen olayda haksız fiilin unsurlarını, medeni hukuk esaslarına göre belirler.⁶⁸

Hukuk hakiminin, ceza mahkemesi kararlarıyla bağlılığı konusunda kanunda, sadece ceza hakiminin beraat kararıyla bağlı olmadığı belirtilmiş olup mahkûmiyet kararına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Maddenin kaleme alınış şekli, mahkûmiyet kararı bakımından, hukuk hakimine sadece kusuru takdir etme ve zarar miktarını belirleme yönünde bağımsızlık tanındığı yönünde bir izlenim vermektedir. Oysa hukuk hakiminin bağımsız olduğu başka hususlar da

⁶⁶ Tandoğan, s. 349; Eren (Borçlar Genel), N. 2575.

⁶⁷ Bkz. Eren (Borçlar Genel), N. 2574; Tandoğan, s. 351; Aydın Ünver, Tülay: "Ceza Yargılamasında Haksız Tahrik Nedeniyle İndirim Yapılmasının Tazminat Davasına Etkisi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2016, s. 235.

⁶⁸ Oğuzman/Öz, N. 250; Aydın Ünver, s. 237.

bulunmaktadır.⁶⁹ Diğer bir anlatımla, hâkimin beraat kararı bakımından bağımsızlığı ya da mahkûmiyet kararıyla bağılılığı mutlak olmayıp nispi niteliktedir.⁷⁰

Ceza mahkemesince verilen beraat kararlarının hukuk hakimini bağlamasının sebebi, ceza hakiminin bir suçu sabit saymak için daha kuvvetli delillere ihtiyacı olmasına rağmen, tazminat davasında aynı iddianın, hukuk hâkimi tarafından daha az kuvvetli delillerle sabit görülebilecek olmasıdır.⁷¹ Ancak beraat kararı bakımından hukuk hakiminin bağımsızlığı mutlak değildir. Bu hallerden ilki, ceza mahkemesinin maddi vakıaların varlığını ya da yokluğunu tespit eden kararlarıdır.⁷² Buna göre ceza mahkemeleri, hukuk mahkemelerine kıyasla delil toplama bakımından daha geniş imkanlara sahip olduğu için hukuk hâkimi, ceza mahkemesinin maddi olayların varlığı ya da yokluğunu tespit eden kararları ile bağlıdır.⁷³ Dolayısıyla, hukuk hâkiminin bağımsızlığının sınırını maddi vakıaların oluşturduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, ceza hâkimi, beraat kararı vererek suçun sanık tarafından işlenmediğine kesin olarak kanaat getirirse, bu karar hukuk hakimini bağlar.⁷⁴ Ancak yeterli delil elde edilemediği gerekçesiyle verilen beraat kararı, hukuk hakimini bağlamaz.⁷⁵ Aynı şekilde, bir fiilin suç oluşturmadığı (hukuka aykırı bulunmadığı) tespit edilerek verilen beraat kararı da hukuk hakimini bağlamaz; nitekim, bir fiil ceza hukuku bakımından suç teşkil etmese de sorumluluk hukuku bakımından haksız fiil olarak nitelendirilebilir.⁷⁶

⁶⁹ **Tandoğan**, s. 349 vd.; **Eren** (Borçlar Genel), N. 2574; **Kılıçoğlu** (Ceza Hukuku), s. 198.

⁷⁰ **Kapancı**, s. 516. Yarg. 9. HD. E. 2007/29104 K. 2007/26483 T. 17.9.2007: “*Ceza ve hukuk mahkemeleri kararları arasındaki ilişkiyi düzenleyen Borçlar Kanunu’nun 53. maddesi hükmü hukuk hakimini, ceza mahkemesinin kesinleşen kararı karşısında maddi hukuk bakımından kural olarak bağımsız kılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, hukuk hakiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Her mahkûmiyet kararı o eylemin hukuka aykırılığını tespit etmesi bakımından hukuk hakimini bağlayıcı niteliktedir. Ceza hakiminin saptadığı maddi olaylar ve özellikle fiilin hukuka aykırılığı ve işlenmiş olup olmadığı hukuk hakimini tamamen bağlayıcıdır. Borçlar Kanunu’nu 53. maddesine ve yerleşik Yargıtay uygulanmasına göre, hukuk hâkimi; gerek ceza hakiminin belirlediği kusur oranı ile gerekse delil yetersizliğine davalı beraat kararı ile bağlı değil ise de, sanığın isnat edilen eylemi işlemediğinin kesin olarak tesbiti olgusuna dayalı beraat kararı ile ve o eylemin hukuka aykırılığını ve failiyle belirlenen mahkûmiyet kararının bu yönleri ile bağlıdır.*” (KBİBB, E.T. 25.05.2024).

⁷¹ **Kılıçoğlu** (Borçlar Genel), s. 592.

⁷² **Tandoğan**, s. 353; **Tiftik**, s. 176; **Aydın Ünver**, s. 242; **Kapancı**, s. 535. Yarg. 19. HD. E. 2018/2249 K. 2019/4543 T. 30.9.2019: “... Oysa, BK. 53 (TBK 74) maddesinde ceza hakiminin, hangi kararlarının hukuk hakimini bağlamayacağı hükme bağlanmış olup, bağlayıcı kararların nelerden ibaret olduğuna değinilmemiştir. Ne var ki, öğretilerde ve uygulamada maddenin mefhumu muhalifinden hareketle; ceza hakiminin maddi vakıaya ilişkin kesinleşmiş tespitinin hukuk hakimini bağlayacağı hususunda genel bir kabul oluşmuştur.” (KBİBB, E.T. 28.05.2024).

⁷³ **Tiftik**, s. 176; **Aydın Ünver**, s. 239-230.

⁷⁴ **Tiftik**, s. 176; **Gümüş**, s. 602; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 715; **Kılıçoğlu** (Borçlar Genel), s. 594; **Aydın Ünver**, s. 240; **Kapancı**, s. 534.

⁷⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 715; **Kılıçoğlu** (Borçlar Genel), s. 593; **Aydın Ünver**, s. 240; **Oğuzman/Öz**, N. 251; **Kapancı**, s. 535.

⁷⁶ **Gümüş**, s. 602; **Aydın Ünver**, s. 238-239; **Oğuzman/Öz**, N. 251.

Mahkûmiyet kararı bakımından da ceza mahkemesinin bir olayın varlığını tespit eden kararları hukuk hakimini bağlar.⁷⁷ Özel olarak bireysel menfaatin gözetildiği suçlar bakımından ceza hakiminin hukuka aykırılığa ilişkin kararı da hukuk hakimini bağlar.⁷⁸ Dolayısıyla, ceza hakiminin fiilin suç oluşturduğunu tespit ettiği hallerde, hukuk hakiminin aynı fiilin hukuka aykırı olup olmadığını araştırmasına gerek yoktur. Bunun sebebi, ceza hukuku bakımından suç oluşturan fiillerin, borçlar hukuku bakımından da hukuka aykırı sayılmasıdır.⁷⁹ Eğer ceza hâkimi, verdiği kararda bir fiilin suç olduğuna kanaat getirmişse, hukuk hâkimi de ilgili fiilin hukuka aykırı olduğuna ilişkin tespit ile bağlıdır.⁸⁰ Ancak bu durumda önemli olan, ihlal edilen ceza hukuku kuralının, kamu yararının sağlanmasının yanı sıra kişisel menfaatleri de koruyucu nitelikte olmasıdır.⁸¹ Her ne kadar hukuk hâkimi, ceza hakiminin verdiği mahkûmiyet kararındaki kusur değerlendirmesi ve zarar miktarı ile bağlı değil ise de, fiilin sanık tarafından işlendiği kesin bir şekilde tespit edilmişse, bu karar hukuk hakimini bağlar.⁸²

TBK m.74/II uyarınca, ceza mahkemesince verilen karar, beraat kararı da olsa mahkûmiyet kararı da olsa, kusurun takdiri ve zararın miktarının belirlenmesi bakımından hukuk hâkimi serbesttir. Dolayısıyla, ceza mahkemesinin zarara ilişkin yaptığı bir değerlendirme bulunmakta ise, bu değerlendirme, hukuk hakimini bağlamaz.⁸³ Ayrıca, ceza mahkemesinin nedensellik bağına ilişkin tespiti ile de hukuk hâkimi bağlı değildir.⁸⁴ Kural olarak bağımsız karar alma yetkisi tanınan hukuk hâkiminin, herhangi bir sebeple ceza hakiminin kararından ayrıldığı hallerde, bunun gerekçesini belirtmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir.⁸⁵

V. YARGITAY'IN KONUYA YAKLAŞIMININ BİRLİKTE KUSUR KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Ceza mahkemesinin haksız tahrik nedeniyle sanığın cezasını indirdiği hallerde, hukuk hâkiminin tazminat miktarını hesaplarken bu durumu göz önünde bulundurarak tazminattan TBK m.52/I kapsamında indirim yapması gerektiğine ilişkin Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın konuya ilişkin

⁷⁷ **Kapancı**, s. 520-521.

⁷⁸ **Tandoğan**, s. 353-354; **Tiftik**, s. 176; **Gümüş**, s. 602; **Aydın Ünver**, s. 242; **Kapancı**, s. 525.

⁷⁹ **Tiftik**, s. 176; **Tandoğan**, s. 354; **Aydın Ünver**, s. 242.

⁸⁰ **Aydın Ünver**, s. 242.

⁸¹ **Tandoğan**, s. 354; **Oğuzman/Öz**, N. 252.

⁸² **Aydın Ünver**, s. 241.

⁸³ Ceza hukukunun kusur ve ayırt etme gücü kavramları, özel hukuka kıyasla daha dar olduğu için, ceza mahkemesinin kusur ve ayırt etme gücünün varlığının tespit edildiği mahkûmiyet kararlarının da hukuk hakimini bağlayacağı yönünde bkz. **Tandoğan**, s. 352.

⁸⁴ **Kapancı**, s. 537 vd.

⁸⁵ **Oğuzman/Öz**, N. 252; **Eren** (Borçlar Genel), N. 2574; **Kapancı**, s. 530.

genel yaklaşımı, ceza mahkemesinin haksız tahrik olarak tespit ettiği davranışın, tazminat davasında da zarar görene kusur olarak yüklenmesi gerektiği yönündedir. Buna göre, bazı kararlarda, ceza hakiminin yaptığı indirim oranı üst limit olarak belirlenmekteyken, bazı kararlarda ise cezada yapılan indirim oranının ay- nen tazminat bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir. İndirim oranına ilişkin bir tespit yapılmayan kararlarda ise, ceza yargılamasında indirim sebe- p olan haksız tahrikin, mutlaka tazminat miktarında indirime yol açacağı yönünde bir yaklaşım görülmektedir.

İlk olarak, Yargıtay'ın, ceza mahkemesinin haksız tahrik nedeniyle yaptığı indirim oranının hukuk yargılamasında üst sınır oluşturduğu, hukuk hâkiminin indirimine ilişkin takdir yetkisini kullanırken bu üst sınırı aşmaması gerektiği yö- nünde kararları bulunmaktadır. Buna göre bir kararında Yargıtay,⁸⁶ "*Davaya konu edilen peşin değerli gelirlerin bağlanmasına suç sayılır eylemiyle neden olan davalının, kasten adam öldürmek suçu nedeniyle yargılandığı ceza davasında, suçu hafif haksız tahrik etkisi altında işlediği kabul edilerek cezasından Türk Ceza Kanununun 51/1 maddesinin uygulanması suretiyle 1/4 oranında indirim yapılması yoluna gidildiğinin anlaşılması karşısında, Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca hukuk hakimi açısından da bağlayıcılık kazanan bu maddi olgu gözetilerek hükmedilen miktardan Borçlar Kanununun madde 43,44 göre 1/4 oranını aşmamak üzere takdir edilecek oranda indirime gidilmesi gereğinin gözetilmemiş olması*" halini bozma nedeni saymıştır.

Diğer bazı kararlarında Yargıtay'ın, ceza yargılamasında haksız tahrike daya- nılarak uygulanan indirim oranının, hukuk yargılamasında da geçerli olduğunu ve maddi tazminata aynı oranda etki etmesi gerektiğini kabul ettiği görülmektedir.⁸⁷ Karara konu olay bir olayda Yargıtay,⁸⁸ "*Dosya kapsamından, ceza mahkemesinde yapılan yargılama sonunda desteğin olayın meydana gelmesinde haksız tahriki- nin bulunduğu ve davalı hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulandığı an- laşılmaktadır. Mahkemece, destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması sırasında maddi ve manevi tazminat miktarlarından tahrik nedeni ile herhangi bir indirim yapılmamıştır. Şu durumda, desteğin müterafık kusurunun varlığı göz önünde bulundurularak maddi tazminattan tahrik indirimi oranında, mane- vi tazminattan ise matematiksel olmamak koşuluyla uygun bir indirim yapılmak suretiyle karar verilmesi gerekir. Bu hususun gözetilmemiş olması bozmayı gerek- tirmiştir.*" ifadelerini kullanarak hüküm vermiştir.

⁸⁶ Yarg. 10. HD. E. 2001/4311 K. 2001/4712 T. 18.6.2001 (KBİB, E.T. 26.05.2024).

⁸⁷ Yarg. 4. HD. E. 2012/14537 K. 2012/19764 T. 20.12.2012; Yarg. 4. HD. E. 2014/9981 K. 2015/6739 T. 26.05.2015 (KBİBB, E.T. 27.05.2024).

⁸⁸ Yarg. 4. HD. E. 2014/16104 K. 2015/13469 T. 23.11.2015 (KBİBB, E.T. 27.05.2024).

Bazı kararlarında ise Yargıtay, haksız tahrik nedeniyle ceza hakiminin cezada indirim yaptığı durumlarda, hukuk hakiminin tazminattan, uygun bir miktarda⁸⁹ ya da ceza mahkemesinin yaptığı indirimin olaya uygunluğunu değerlendirdikten sonra⁹⁰ indirim yapması gerektiğini ifade etmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın konuya yaklaşımı kararlarında farklılık gösterse de, hepsinin ortak bir noktası bulunmaktadır. O da, ceza mahkemesinin maddi vakıanın varlığına ilişkin yaptığı tespitin hukuk hakimini bağlamasıdır. Delillerin toplanması bakımından dana geniş imkanlara sahip bulunan ceza mahkemesi, yaptığı inceleme neticesinde haksız tahrik içeren davranışın varlığını tespit etmişse, bu durumun hukuk hâkimi tarafından dikkate alınması gerekir. Zira, tazminat davasını gören hâkim, somut olayda, tazminat yükümlülüğünün indirilmesini haklı gösterecek nitelikte bir durum tespit ettiği takdirde, tazminatın belirlenmesinde bu durumu göz ardı edemez.⁹¹

Buna karşılık, kanımızca, TBK m.74/II'nin açık ifadesinden, hukuk hâkiminin kusur değerlendirmesi yapma ve zarar tespit etme yönünden ceza mahkemesinin kararları karşısında bağımsız olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Yargıtay'ın haksız tahrike dayanılarak yapılan indirim oranının tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınmasına yönelik yaklaşım isabetli değildir. Yargıtay'ın, hukuk hâkiminin, tazminatta "uygun bir miktarda" ya da "ceza hâkimi tarafından yapılan indirimin somut olaya uygunluğunu belir-

⁸⁹ Yarg. 4. HD. E. 2020/3212 K. 2020/4122 T. 23.11.2020: "... sanık olarak yargılanan davalı hakkında, kasten öldürme suçundan dolayı verilen hapis cezasından 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesi gereği haksız tahrik indirimi yapılmış ve hüküm Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından onanarak kesinleşmiştir. Olay tarihinde yürürlükte bulunan BK'nın 53. (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74 üncü) maddesi gereği ceza mahkemesince verilen beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz ise de, hukuk hakiminin bu bağımsızlığı sınırsız olmayıp ceza mahkemesinin maddi vakıaların belirlenmesine ilişkin mahkûmiyet kararı hukuk hakimii yönünden bağlayıcı, taraflar yönünden de kesin delil niteliğindedir. Davaya konu olayda; davalının, eylemini haksız tahrik altında gerçekleştirdiği maddi vakıa olarak kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile tespit edilmiştir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, destekten yoksun kalma tazminatı hesaplaması sırasında haksız tahrik nedeni ile herhangi bir indirim yapılmamıştır. Şu durumda; desteğin haksız tahrikten kaynaklı müterafik kusurunun varlığı göz önünde bulundurularak davacıardan ... ve ... lehine hükmedilen maddi tazminattan uygun bir indirim yapılmak suretiyle karar verilmesi gerekirken bu yön gözetilmeksizin anılan davacıların maddi tazminat istemlerinin ıslah edilen kısımla birlikte aynen kabulü doğru olmayıp kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir". Aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD. E. 2012/1114 K. 2013/2299 T. 12.2.2013; Yarg. 4. HD. E. 2014/948 K. 2014/17555 T. 22.12.2014 (KBİBB, E.T. 28.05.2024).

⁹⁰ Yarg. 4. HD. E. 2021/21469 K. 2022/345 T. 13.1.2022: "... somut olayda haksız tahrik uygulanmasının koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleştiği kanaatine ulaşıldığı takdirde ceza mahkemesince yapılan indirim oranının somut olaya uygunluğunun değerlendirilmesi gerektiği, oluşacak sonuca göre, davacı tarafından talep edilen maddi tazminattan eylem tarihinde yürürlükte bulunan BK'nın 44/1. maddesi uyarınca haksız tahrik (müterafik kusur) indirimi yapılması gerektiği hususlarına değinilerek hükmün taraflar yararına bozulmasına karar verilmiştir." (KBİBB, E.T. 26.05.2024).

⁹¹ **Nomer**, s. 67.

leyerek” indirim yapması gerektiğine ilişkin kararlarında ise, hâkimin mutlaka zarar görenin kusuruna dayanarak indirim yapması gerektiği ancak bu indirimin miktarını hukuk hakiminin belirleyebileceği anlaşılmaktadır. Oysa hâkim, somut olayın koşullarını dikkate alarak tazminattan hiç indirim yapmama yetkisine de sahiptir. Bu durumu göz ardı ederek hâkimi indirim yapmak zorunda bırakan bu yöndeki kararların da yerinde olmadığı kanısındayız.

Somut olayda bir indirim sebebinin bulunması, hâkimin tazminattan indirim yapmak zorunda olduğunu göstermez. Bu durumda dahi hâkimin, indirim yapıp yapmama, yapacaksa oranını belirlemede, somut olayın şartlarını dikkate alarak serbestçe karar verebileceği kabul edilmelidir. Örneğin somut olayda zarar gören kusurlu ise, bu bir indirim sebebi olarak hâkim tarafından dikkate alınmalıdır; ancak olayı bir bütün olarak değerlendiren hâkim, failin ağır kusurlu olduğunu tespit ederse, mağdurun kusuruna dayanarak tazminattan indirim yapmayabilir.⁹² Dolayısıyla, ceza mahkemesinin haksız tahrike dayanan indirim kararında hukuk hâkimini bağlayan nokta, tespit edilen maddi vakıaları dikkate almaktan ibarettir.⁹³

SONUÇ

Suç ve haksız fiil kavramları birbiriyle aynı olmasa da, bazı hallerde suç oluşturan bir fiilin haksız fiil oluşturması mümkündür. Bunun için önemli olan suçun sadece kamu düzenini değil bireysel menfaatleri de korumayı amaçlamasıdır. Kanunda suç olarak sayılan bir fiilin aynı zamanda haksız fiil niteliği taşıması durumunda, ceza mahkemesi kararlarının hukuk yargılamasına ne şekilde etki edeceği uygulamada sıklıkla rastlanılan bir sorundur. Hukuk hakiminin ceza mahkemesinin kararlarına karşı bağımsızlığı, TBK m.74’te hükme bağlanmıştır. Buna göre, hukuk hâkimi, sorumluluğa ilişkin ceza hükümleriyle ve ceza mahkemesi kararlarıyla bağlı olmadan, önüne gelen olayda haksız fiilin unsurlarını bağımsız bir şekilde değerlendirebilir. Buna karşılık hukuk hakimine tanınan bu serbestliğin sınırlarından birini, maddi vakıalar oluşturmaktadır.

Ceza hukuku kapsamında haksız tahrik niteliği taşıyan bir davranış, sorumluluk hukukunda, zarar görene kusur olarak yüklenerek tazminattan indirim yapılmasına neden olabilir. Nitekim, zarar görenin zararın doğmasına etki eden davranışının uygulamada en sık karşılaşılan hali, tahriktir. Bu noktada, ceza mahkemesi tarafından verilen kararın hukuk hakimini ne ölçüde bağlayacağına ilişkin Yargıtay kararlarının birbiriyle tutarlı olmadığı görülmektedir. Yargıtay, bazı

⁹² Nomer, s. 67.

⁹³ Aydın Ünver, s. 250-251.

kararlarında, ceza hakiminin haksız tahrike dayanarak ceza miktarında indirim yaptığı hallerde, tazminat davasını gören hukuk hakiminin, bu indirim ile bağlı olduğu ve aynı oranda tazminattan indirim yapılması gerektiği yönünde bir yaklaşım sergilerken; diğer bazı kararlarında ise, ceza hakiminin yaptığı indirim oranını hukuk hâkimi için üst sınır olarak belirlemektedir. Ayrıca, Yargıtay'ın indirim oranını belirtmeden

Kanımızca, ceza yargılaması sırasında hâkimin maddi vakıa olarak tespit ettiği haksız tahrikin hukuk hâkimi tarafından tazminat miktarının hesaplanmasında dikkate alınması gerekir. Buna karşılık, TBK m.74//II'nin açık hükmü karşısında, zararın belirlenmesine ilişkin ceza mahkemesi kararının hukuk hakimini bağlayacağı kabulü isabetsizdir. Haksız tahrike dayanılarak cezada indirim yapılması durumunda hukuk hakiminin, zarar görenin kusurlu olduğuna yönelik maddi vakıayı göz önünde bulundurması gerekmekte ise de, hâkim, TBK m.52/I kapsamında indirim yapıp yapmama ya da indirim oranını belirleme konularında ceza hakiminin kararıyla bağlı değildir. Bu sebeple, Yargıtay'ın konuya yaklaşımının TBK m.74 hükmüne aykırı olduğu kanısındayız.

KAYNAKÇA

- ALTINOK ORMANCI, Pınar:** Zararı Azaltma Külfeti, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Aralık 2016.
- ARITÜRK, Ramazan:** “*Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 16, S. 183, 2021, s. 2124-2135.
- AYDIN, Devrim:** “*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik*”, AÜHFD, C. 54, S. 1, 2005, s. 225-254.
- AYDIN ÜNVER, Tülay:** “*Ceza Yargılamasında Haksız Tahrik Nedeniyle İndirim Yapılmasının Tazminat Davasına Etkisi*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2016, s. 233-253.
- BAYSAL, Başak:** Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2012.
- ÇETİN, İbrahim:** Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara 2021.
- EREN, Fikret:** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağ Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 361, Ankara 1975 (Uygun İlliyyet).
- EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021 (Borçlar Genel).
- EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal:** Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2022.
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 1976.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri Ankara 2021.
- GÜNAL, Yılmaz H.:** “*Müterafik Kusur*”, 1961.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2021.
- HUGUENİN, Claire:** Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., 2019.
- KANGAL, Zeynel T.:** “*Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*”, EÜHFD, C. XIV, S. 3-4, 2010, 19-68.
- KAPANCI, Kadir Berk:** “*Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m.74)*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2016, s. 511-552.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** “*Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi*”, AÜHFD, C. 29, S. 3, 1973, s. 185-225 (Ceza Hukuku).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Anakara 2019 (Borçlar Genel).
- MÜLLER, Christoph:** Obligationenrecht- Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, 312-316.
- NOMER, Haluk N.:** Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 18. Bası, İstanbul 2023.

STEHLE, Bernhard/REICHLE, Sebastian: Prajudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020) Zehnte Auflage, 2021, 204-215.

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 159, Ankara 1961.

TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TİFTİK, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.

YURTCAN, Erdener: Yargıtay Kararları Işığı Altında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler), Cilt-1, 2. Bası, TBB Yayınları, Ankara 2015.

ICC ve ICSID Tahkim Kuralları Uyarınca Geçici ve Koruyucu Tedbirler^(*)

Conservatory and Provisional Measures in ICC and ICSID Arbitration Rules

Dr. Arş. Gör. Bersun SARIGÜL ATA^(**)

Öz:

Hem hukukumuzda hem de yabancı hukukta aksi kararlaştırılmadıkça hakemler geçici hukukî koruma tedbiri verebilirler. Son yıllarda uluslararası düzenlemelere bakıldığında tahkim kurallarına ilişkin günümüz ihtiyaçları uyarınca değişiklikler yapılmakta olsa da, geçici hukukî koruma tedbirlerine ilişkin hükümlerin sadece eski düzenlemelere göre daha ayrıntılı ele alındığı görülebilir. Geçici hukukî korumalar konusunda öncelikle iç hukuk düzenlemelerinin nasıl olduğu açıklanmaya, daha sonra da hem eski hem yeni düzenlemeler karşılaştırılarak gerekli değerlendirmeler yapılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

ICC, ICSID, Milletlerarası Tahkim Kanunu, Tahkim, Tahkim Kuralları, Geçici Hukukî Koruma Tedbirleri.

Abstract:

Both in Turkish and foreign jurisprudence the arbitrators have the power to order conservatory and provisional measures, if it is not agreed otherwise. Even though the international regulations in recent years amend arbitration rules in accordance with current necessities, it can be observed that the provisions regarding conservatory and provisional measures are merely redrafted in more detail. It is aimed primarily to explain the domestic regulations, and then to make the necessary interpretations by comparing the former and current regulations with regard to conservatory and provisional measures.

Keywords:

ICC, ICSID, International Arbitration Act, Arbitration, Arbitration Rules, Conservatory and Provisional Measures.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 06.06.2024 - Makale Kabul Tarihi: 22.10.2024.

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: bersunsarigul@hotmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5298-5804>.

GİRİŞ

Geçici hukukî koruma tedbirleri hem hukukumuzda hem yabancı hukuklarda önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu gerekse Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda bu tedbirlere yer verilmiştir. Geçici ve koruyucu hukukî koruma bağlamında, ICC ve ICSID tahkimde yapılan değişiklikler doğrultusunda geçici ve koruyucu tedbir kararları konumuz bağlamında ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

I. MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU'NA GÖRE GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA ÖNLEMLERİ

A. Genel Olarak

Türk hukukunda mahkemelerin geçici hukukî koruma önlemlerine karar verebilmeleri tahkim yargılaması açısından ayrıca bir özellik teşkil etmezken, hakemlerin geçici hukukî koruma önlemlerine karar verebilmesi hususu önem taşır.¹ Bu kapsamda geçici hukukî korumalarda hem kararların daha kolay icrasını sağlamak amacıyla hem de yetkilerin en uygun şekilde kullanılmasını temin için mahkemeler ile birlikte hakemlere de karar verme yetkisi tanınmıştır.² Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu ve fakat Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde kurul olarak hakemlerin tedbir kararı verme yetkisi bulunmamaktaydı.³ Hakemlerin geçici tedbir kararı verme yetkisi MTK ve daha sonra da HMK ile kendilerine tanınmıştır.

Geçici hukukî koruma tedbirlerine ilişkin gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.41⁴ gerekse MTK m.6 ile açıkça hükümler sevk edilmiştir. MTK m.6/I'e göre, taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması

¹ Pekcanitez, Hakan: Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukukî Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003, s. 121.

² Akıncı, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Güncellenmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2013, s. 131.

³ Öztekin Gelgel, Günseli: Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilik, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 1088; Dost, Süleyman: Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara 2006, s. 53.

⁴ HMK m.414'te madde başlığı "İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti" olarak düzenlenmektedir. MTK m.6'da ise bu husus "İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz" başlığı altında yer almaktadır. MTK'nda yalnızca ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramları kullanılmış olsa da, bu durum delil tespitinin hakemler tarafından hükmedilemeyecek bir geçici hukukî koruma tedbiri olmadığı anlamına gelmemelidir: Tunç Yücel, Müjgân: HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013, s. 71. Her ne kadar MTK m.6 delil tespitinden söz etmiyor olsa da MTK m.12/B'de, tarafların delillerini hakem veya hakem kurulunca belirlenen süre içinde vereceği, hakem veya hakem kurulunun, delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebileceği ve mahkemenin de bu durumda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerini uygulayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple madde başlığında aynı kavramlar kullanılmamış olsa bile hakem veya hakem kurulu delil tespitine de karar verebilir. Öte yandan hakem veya hakem kurulunun sadece verilen kararın taraflara yönelik olması halinde delil tespiti konusunda yetkisinin olduğu kabul edilmelidir.

sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez. Anılan madde, hakemlerin yetkisi dışında kalan ve mahkemeler tarafından alınması gereken geçici tedbirlerin varlığı ve ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kararının, Türkiye dışında bir ülkede alınması sebepleriyle gereklilik arz etmektedir.⁵ Buna ek olarak da bahse konu madde hakemlerin geçici hukukî koruma tedbirlerine karar vermelerinin kabul edilmediği önceki dönemlerde, taraflardan birinin bu amaçla mahkemelere başvurmasının tahkim anlaşmasından vazgeçilerek uyuşmazlığın mahkeme tarafından halledilmesinin kabul edildiği anlamına gelmediğini açıklığa kavuşturmak için öngörölmüş bir hükümdür.⁶

Öncelikle uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak tahkimde dava açılmadan önce, mahkemeden ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kararı alındığı takdirde, belli bir süre içerisinde tahkimde dava açılması gerekir. MTK m.10/II uyarınca, taraflardan biri mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı almış ise otuz gün içinde tahkim davası açmak zorundadır. Aksi hâlde ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kendiliğinden ortadan kalkar.

B. Hakemlerin veya Hakem Mahkemesinin Geçici Hukukî Koruma Önlemlerine Karar Verme Yetkisi

MTK m.6/II'ye göre aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilir. Hakem veya hakem kurulu, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı vermeyi, uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabilir. Hakem veya hakem kurulu, cebrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı da veremez.

Hem hukukumuzda hem de yabancı hukukta aksi kararlaştırılmadıkça hakemler geçici hukukî koruma tedbiri verebilirler. Hatta tarafların hakemlerin ihtiyatî tedbir kararı veremeyeceğini yargılamadan önce veya sonra kararlaştırmaları da mümkündür.⁷

MTK m.6/II hükmü dikkate alındığında MTK, bir taraftan hakemlere ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kararı verme yetkisi tanırken,⁸ diğer bir taraftan

⁵ Akıncı, s. 132.

⁶ Kalpsüz, Turgut: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, s. 45.

⁷ Pekcanitez, s. 122.

⁸ Hakemlerin ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararı verme yetkisi emredici bir hükümlle düzenlenmiştir. Bu nedenle taraflar, hakemlerin ihtiyatî haciz veya ihtiyatî tedbir kararı verme yetkilerinin olmayacağı yolunda anlaşabilirler: Akıncı, s. 133.

da hakemlerin kendiliğinden ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kararı veremeyeceğini, bu konuda taraflardan birinin mutlaka talepte bulunması gerektiğini vurgulamıştır.

Buna ek olarak MTK m.6/II, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kararı verilebilmesini, diğer tarafın bundan dolayı bir zarara uğraması hâlinde göz önünde bulundurmuş ve bu zararı karşılayacak bir güvence karşılığında teminat vermesini uygun bulmuştur.⁹ Kanun metninden de anlaşıldığı üzere güvenceye taraflardan birinin talebi olmasa da hakemler hükmedebilir. Ancak elbette ki her ihtiyatî tedbire karar verilirken mutlaka teminat gösterilmesi zorunlu değildir.¹⁰ Teminata, karşı tarafın tedbirin veya haciz uygulanmasından zarar görmesi ihtimalinde hükmedilir.¹¹ Teminatı lehine tedbir kararı verilecek olan taraf gösterecek olup, nelerin teminat olabileceğine ise mahkeme veya hakemler karar verecektir.¹² Tedbir kararı veya haciz kararı verildiğinde ne kadar zararın meydana gelebileceğini en iyi karşı taraf bilebileceğinden, bu konuda onun görüşünün alınması isabetli olur.¹³

Her ne kadar MTK, hakemlere ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararı verme yetkisi tanısa da, hakemlerin bu yetkisini MTK m.6/II kapsamında oldukça sınırlandırmıştır.¹⁴ Anılan maddeye göre üç sınırlama söz konusudur. İlk sınırlama, hakemlerin cebri icra organları tarafından icra edilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyecek olmasıdır.¹⁵

İkinci sınırlamaya göre ise, hakemlerin vereceği ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kararının resmî organları bağlaması mümkün değildir. Yani hakemler, resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken tedbir veya ihtiyatî haciz kararı da veremezler. Bir tarafta tahkim sözleşmesi imzalamış ve uyuşmazlığın tahkimde çözülmesini kabul eden taraf olarak idare (resmî bir makam), diğer taraftan onun hakkında hakemlerin tedbir kararı veremiyor olması taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil eder.¹⁶

Üçüncü ve son sınırlama da hakemlerin vereceği ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kararlarının üçüncü kişileri bağlayıcı etkiye sahip olmamasıdır. Tahkim şartına

⁹ Akıncı, s. 133.

¹⁰ Erten, Rifat: Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri, Ankara 2010, s. 68.

¹¹ Kalpsüz, s. 47; Pekcanitez, s. 145; Erten, s. 68.

¹² Pekcanitez, s. 145.

¹³ Pekcanitez, s. 144.

¹⁴ Akıncı, Ziya: Yabancılık Unsuru Kavramı ve ICC Tahkimi, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2004, s. 48.

¹⁵ Akıncı, s. 133.

¹⁶ Pekcanitez, s. 123.

taraf olmayan bir kişinin, tahkime dâhil olarak hakemlerin verdiği karara itiraz etmesi mümkün olmadığından, hakemlerin üçüncü kişileri bağlayacak şekilde ihtiyatî haciz veya ihtiyatî tedbir kararı vermeleri mümkün değildir.¹⁷ MTK'da bu konuda bir hüküm bulunmasaydı dahi, hakemlerin uyuşmazlık çözerken sadece tahkim sözleşmesinin taraflarıyla sınırlı bir yetkisi olduğundan hareketle, geçici hukukî önleme karar verdiklerinde de bunun sadece tahkim sözleşmesinin taraflarını bağlayacağı yönündeki aynı sonuca varılabilirdi.¹⁸

II. ICC TAHKİM KURALLARI UYARINCA GEÇİCİ VE KORUYUCU TEDBİRLER

Türk hukukundaki bu düzenlemelerin yanı sıra uluslararası düzenlemelerde de hakemlerin geçici hukukî koruma tedbirleri ilişkin karar verebilmesi mümkündür. 1 Ocak 2021 tarihli MTO Tahkim Kuralları'na ilişkin yeni düzenlemeler yapılmış olsa da geçici hukukî koruma tedbirlerini hüküm altına alan m.28'de herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır.

Tahkim yargılamasının uzun sürmesinden¹⁹ kaynaklanan herhangi bir zarar önlemek için, taraflar yargılama süresince ve hakem kararının verilmesinden önce geçici tedbirler talep edebilirler.²⁰ Geçici tedbirler ise tahkim yargılamasının devam ettiği süre boyunca, davanın esasına ilişkin olarak yetkili mahkemeden tanınması talep edilen hakların korunması için fiili veya hukukî durumun muhafaza edilmesini amaçlayan geçici araçlardır.²¹ Tahkimde geçici hukukî koruma tedbirleri, tahkim yargılaması ile amaçlanan nihai hukukî korumanın sağlanması kadar önemlidir. 1 Mart 2017 tarihli ICC (MTO) Tahkim Kuralları'nda "Koruyucu ve Geçici Tedbir" başlığı altında m.28'de geçici ve koruyucu tedbirler düzenleme alanı bulmuştur.²² Bu kapsamda 1 Ocak 2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları'nda madde başlığı aynı şekilde korunsa da bu başlıktan anlaşılması gereken geçici hukukî koruma tedbirleridir. MTO Kuralları'na göre, hakem kurulu

¹⁷ Akıncı, s. 134.

¹⁸ Pekcanitez, s. 131.

¹⁹ ICC Dava No: 8786'da hakem heyeti, geçici tedbirin verilebilmesi için, tahkim yargılamasının uzun sürmesinin davacıya verdiği önemli zararı önlemek için gerekli olduğu konusunda değerlendirmede bulunmuştur (<https://jusmundi.com/en>).

²⁰ Westphalen, Astrid: "Provisional And Conservatory Measures In International Arbitration- Overview", International Business Law Journal, Y. 2018, S. 3, s. 19.

²¹ Westphalen, s. 19.

²² Koruyucu ve geçici tedbirlerin neler olabileceğine ilişkin Kurallar'da bir belirleme yapılmamış olup uygulamada hakem kurullarının çok çeşitli tedbirlere karar verdiği görülmektedir. Nitekim Kurallar m.28/l'de de açıkça ifade edildiği üzere hakem heyeti, uygun bulunduğu tedbire karar verebilir; dolayısıyla heyet, tedbirin türünü belirlemede serbesttir: Fry, Jason/Greenberg, Simon/Mazza, Francesca: The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, Paris 2012, s. 291, par. 3-1041. Hakem kurullarınca çoğunlukla karar verilen koruyucu ve geçici tedbir türlerine ilişkin daha ayrıntılı açıklama için bkz. Fry/Greenberg/Mazza, s. 289, par. 3-1036.

dosya kendisine ulaştığı andan itibaren geçici hukukî koruma tedbirlerine ilişkin karar verebilir. Anılan maddenin düzenlemesi hakem kurulunun oluşmasından sonraki durumu düzenlese de bu aşamadan önce yani hakem kurulu oluşmadan veya dosya kendisine ulaşmadan önce geçici hukukî korumanın hangi makamdan talep edileceği Kurallar'da belirtilmemiştir.

2021 yılında ICC Tahkim kurallarına ilişkin yeni düzenlemeler yapılmış olsa da geçici hukukî koruma tedbirlerini hüküm altına alan m.28'de herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır. Bu kapsamda "Geçici Hukukî Koruma Tedbirleri" başlığı altında aynı düzenleme söz konusudur.

Uyuşmazlığın ortaya çıkması ile hakemin seçimi veya hakem kurulunun oluşturulması arasında bir süre geçtiğinden, bu sürede kurumsal tahkimde tarafların daha önceden kararlaştırmaları şartıyla, acil durum tahkim kurallarına başvurarak geçici hukukî koruma tedbirleri talep edilebilmesi mümkündür.²³ Başka bir anlatımla, hakem kurulunun oluşumundan önceki aşamada Kurallar'da herhangi bir belirleme olmadığından geçici hukukî koruma tedbirleri için acil durum hakemine başvurulabilir.²⁴ Hakem kurulu oluşup dosya kendisine tevdi edildikten sonra geçici hukukî koruma tedbirleri için Kurallar m.28'de de belirtildiği üzere hakem kuruluna müracaat edilebilir.²⁵ Ancak acil durum hakem kurallarına başvuru kabul edilmemişse veya hakem kurulu oluşuktan sonra bazı hâllerde yine de geçici hukukî koruma tedbirleri için mahkemeye başvuru yapılması gerekebileceği Kurallar m.28/II'de öngörülmüştür.

Nitekim MTK'da da düzenlendiği üzere ihtiyatî tedbirler, tahkim yeri izin veriyorsa ihtiyatî hacizler ve delil tespitine ilişkin kararlarda hakem veya acil durum hakemi tarafından verilebilecek geçici hukukî korumalardandır.

1 Ocak 2012 tarihinde Acil Durum Hakem Kuralları ICC tahkimin bir parçası olarak kabul edilmiş ve Acil Durum Hakem Kuralları'nın uygulanması istenmiyorsa, bu hususun ayrıca tahkim şartında belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır.²⁶ Acil durum hakemliğinin hangi hâllerde uygulanmayacağı hususu da Kurallar m.29/VI'da düzenlenmiştir. Bu tür hakemliğe ilişkin kuralların uygulanabilmesi

²³ Pekcanitez, Hakan: Medeni Usul Hukuku Cilt: III, Pekcanitez Usul, İstanbul 2017, s. 2715.

²⁴ Yeşilirmak, Ali: ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, İstanbul 2018, s. 134.

²⁵ Bu bağlamda hakem heyetlerinin geçici tedbir kararı verme yetkisinin tahkim anlaşmasından, seçilen kurumsal kurallardan ve tahkim yeri hukukundan kaynaklandığı söylenebilir: Westphalen, s. 20.

²⁶ Fejgerlová, Monika: Emergency Measures of Protection in International Arbitration, International and Comparative Law Review, 2018, Vol. 18, No. 1, s. 163; Ignatius, Linnea: A Decade and Some Change: A Look into the New 2012 ICC Rules of Arbitration, Arbitration Law Review, 2012, Vol. 4, s. 424; Calvo-Goller, Karin: The 2012 ICC Rules of Arbitration - An Accelerated Procedure and Substantial Changes, Journal of International Arbitration, 2012, Vol. 29, s. 333-334; Yeşilirmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 134.

için öncelikle, taraflar bu Kuralların uygulanmasından vazgeçmemiş olmalıdır²⁷ [Kurallar m.29/VI/b]. Ayrıca tahkim anlaşmasının 01.01.2012 tarihinden; başka bir ifadeyle, yeni Kurallar'ın yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olduğu hâllerde de acil durum hakemliğine ilişkin kuralların uygulanması söz konusu olmaz [Kurallar m.29/VI/a].²⁸ Bunlara ek olarak 1 Mart 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları m.29/VI/c'de, tarafların aralarında koruyucu, geçici veya benzeri tedbirlerin alınmasını içeren başka bir tahkim öncesi prosedür üzerine anlaşmaları durumunda da acil durum hakemliğine ilişkin kuralların uygulanmayacağı hükmü yer almaktaydı. 1 Ocak 2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları m.29/VI/c bendi ile ise daha farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenleme uyarınca anılan hüküm ilga edilmiş; bunun yerine, başvurunun dayandığı tahkim anlaşmasının bir yatırım anlaşmasından kaynaklanması hâlinde acil durum hakemine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

ICC Tahkim Kuralları m.28/I'e göre hakem kurulu, dosya kendisine ulaştıktan sonra taraflardan birinin isteği üzerine uygun gördüğü koruyucu veya geçici hukukî koruma kararı verebilir. Gerek MTK m.6'da gerekse HMK m.414'te de hakem kuruluna geçici hukukî koruma tedbiri verme yetkisi tanınmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki; hakem kurulu geçici hukukî koruma tedbiri vermeye yetkili olup, bu yetki tahkim yeri hukukuna tabidir.²⁹

Kurallar m.28/I göz önüne alındığında hakem kurulunun geçici hukukî koruma verebilmesi tarafın talebine bağlanmıştır. Ancak bu talebin neleri içereceği hususuna Kurallar'da yer verilmemiştir. Acil Durum Hakem Kuralları'nda ise başvurunun içeriğine ilişkin kuraldan (Acil Durum Hakem Kuralları m.1/III) esinlenilerek tahkim yargılamasında talep hazırlanabileceği ifade edilmiştir.³⁰ Talebin gecikme olmadan tercihen tahkim talebi ile birlikte yapılması gerekir.³¹ Aksi hâlde hakem kurulu gerçek bir geçici hukukî koruma tedbirine ihtiyaç olmadığı kanısına varabilir.³² Buna ek olarak hakemler tedbir talebi başvurusunu ana yargılamadan ayırıp ayrı ve daha hızlı bir yargılama yolunu tercih edebilirler.³³

Geçici hukukî koruma tedbiri verilebilmesine ilişkin şartlara ilişkin Kurallar'daki tek düzenleme m.28/I'deki teminattır. Bu tür bir tedbir kararı verile-

²⁷ Fry/Greenberg/Mazza, s. 295, par. 3-1055; Feigerlová, s. 163; Yeşilirmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 135.

²⁸ Feigerlová, s. 163; Calvo-Goller, s. 333.

²⁹ Yeşilirmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 146.

³⁰ Yeşilirmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 146.

³¹ Grierson, Jacob/van Hooft, Annet: Arbitration under the 2012 ICC Rules: An Introductory User's Guide, Croydon 2012, s. 160.

³² Yeşilirmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 146.

³³ Yeşilirmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 147.

bilmesi için talepte bulunan tarafın gerekli teminatı³⁴ göstermesi gerekebilir. Bunun haricinde Kurallar'da, hakem kurulunun geçici hukukî koruma tedbiri verebilmesi için aranacak koşullardan söz edilmemiştir. Bu hususta herhangi bir düzenlemenin bulunmaması esasen, her bir tahkimde hakem kurulunun tarafları ve olayları göz önünde bulundurarak karar vermesi gerektiğinden, bilinçli olarak tercih edilmiştir.³⁵ Öte yandan, hakem heyeti tarafından geçici tedbir kararı verilmesinin iki sınırı vardır. Bunlar geçici tedbirlerin sınırlı bir şekilde uygulanması ve ulusal mahkemelerin bu tedbirleri vermek için eş zamanlı yargı yetkisine sahip olmasıdır.³⁶

Tedbir kararının verilmesine ilişkin olarak teminattan başka bir şartın belirtilmemiş olması sebebiyle, ICC hakem kurulları genellikle daha önce yapılan yargılamalarda verilen kararları örnek almaktadır.³⁷ Bu kararlara bakıldığı zaman, "ivedi olarak, yani nihai hakem kararının verilmesi beklenmeden geçici hukukî koruma ihtiyacının ortaya konulması;³⁸ tedbirin verilmemesi durumunda talepte bulunan tarafın önemli ölçüde zarara uğrama ihtimalinin bulunması; verilecek tedbir kararı ile zararın önüne geçilmesinin mümkün olması; kararın verilmemesi hâlinde hakemin yargı yetkisinin önemli ölçüde manasız hâle gelecek olması; taraflar arasındaki *status quo*'nun, yani sözleşmesel risk dağılımının ancak tedbir ile korunabilecek veya tedbir kararı verilmemesi durumunda nihai korumaya ilişkin kararın anlamsız hâle gelecek olması; talep eden tarafın nihai korumaya ilişkin haklı olma ihtimalinin bulunması" gibi şartlardan birinin varlığı, hakemin tedbir kararı verebilmesi için yeterli görülmektedir.³⁹ Nitekim milletlerarası tahkimde geçerli olan bu şartların, ulusal tahkimde de aranması gerekir.⁴⁰ Örneğin, ICC Dava No. 16250'de⁴¹ hakem heyeti, gizli bilgilerin iletilmesi ve kullanılmasının davacıya zarar vereceğini ve uyuşmazlığı daha da arttırıp kötüleştireceğini, buna karşılık geçici tedbirlerin verilmesinin davalıya zarar vermeyeceğini göz önün-

³⁴ ICC Dava No. 8307'de hakem heyeti, maddi talepler veya masraflar için teminat verilmesi söz konusu olduğunda, birçok özel şartın yerine getirilmesi gerektiğine karar vermiştir (<https://jsumundi.com/en>).

³⁵ Yeşilirmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 147.

³⁶ Westphalen, s. 20.

³⁷ Yeşilirmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 147.

³⁸ Mevcut davaların çoğunda, hakem heyeti aciliyeti geçici tedbirlerin verilmesi için bir gereklilik olarak değerlendirmiştir. Zira ivedilik şartı, ciddi zarar şartı ile bağlantılıdır. Bu nedenle, geçici tedbir talep eden taraf, ciddi zararı önlemek için derhal harekete geçilmesi gerektiğini göstermek zorundadır. Esasa ilişkin nihai kararın verilmesini bekleyemez: Westphalen, s. 23.

³⁹ Pekcanitez (Pekcanitez Usul), s. 2716; Westphalen, s. 22. Bahsi geçen şartlara ilişkin daha ayrıntılı açıklama için bkz. Fry/Greenberg/Mazza, s. 290, par. 3-1037, 3-1038.

⁴⁰ Yeşilirmak, Ali: Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 1999-2008, Special Supplement 2011: Interim, Conservatory and Emergency Measures in ICC Arbitration, 2011, s. 9-10; Westphalen, s. 21.

⁴¹ Geçici tedbirlere ilişkin ICC kararları için bkz. <https://jsumundi.com/en>.

de bulundurarak geçici tedbirlere hükmetmiştir. Buna benzer şekilde ICC Dava No.12361'de⁴² hakem heyetinin, talep edilen tedbiri kabul etmesi veya reddetmesi halinde ortaya çıkacak olan zararın, her iki taraf içinde değerlendirerek karar vermesi gerektiği belirtilmiştir.

Hakem kurulunun vereceği kararın şekli ise ICC Tahkim Kuralları m.28/I'de belirtilmiştir. Anılan maddeye göre, hakem kurulunun takdirine göre herhangi bir tedbir kararı, gerekçesi belirtilerek,⁴³ bir talimat veya bir nihai karar şeklinde verilebilir. Buradan çıkan ilk sonuç, tedbir türlerinden hangisi gerekiyorsa onun verilebilecek olmasıdır.⁴⁴ Bu kapsamda ihtiyatî tedbir, delil tespiti veya mümkünse ihtiyatî haczin haricinde verilebilecek diğer geçici hukukî korumalar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Hakem, uygulama imkânı olan her türlü tedbiri verebilir. Çünkü ICC Tahkim Kuralları içinde tedbirin türüne yönelik hiçbir sınırlama yoktur.⁴⁵ Ancak hangi tür geçici hukukî koruma tedbirine hükmedilirse hükmedilsin, hakem heyeti üçüncü kişileri bağlayacak geçici hukukî koruma kararına hükmedemez.⁴⁶

Buradan çıkan diğer bir sonuç da hakem kurulunun vereceği kararın şeklinin belirlenmiş olmasıdır. Buna göre hakem kurulu ara karar⁴⁷ veya nihai karar şeklinde iki tür geçici hukukî koruma kararı verebilir. Hangi türde karar vereceği ise hakem kurulunun takdirine bırakılmıştır.⁴⁸

Geçici hukukî koruma konusunda verilen usuli kararlar bazı ülkelerde icra edilebilirken, nihai kararın özellikle diğer nihai hakem kararları gibi icra edilip edilmeyeceği tartışmalıdır.⁴⁹ Elbette ki hakemin verdiği geçici hukukî koruma

⁴² Geçici tedbirlere ilişkin ICC kararları için bkz. <https://jsumundi.com/en>.

⁴³ Hakem heyetinin tedbir kararı vermesi gibi tedbir kararı vermemesinde de bu durumun gerekçesini belirtmesi gerekir. Örneğin, ICC Dava No. 8113'te, hakem heyeti, bir aciliyet bulunmadığı, bu tür bir tedbirin uyumsuzluğa hanel getireceği ve talep edilen geçici tedbirin verilmemesi halinde davacının ciddi ve telafisi mümkün olmayan bir zarara uğramayacağı gerekçesiyle geçici tedbir kararı vermeyi reddetmiştir. ICC Dava No. 8670'de, hakem heyeti talep edilen geçici tedbir kararını şu gerekçeyle reddetmiştir: Davacılar, davalıdan alacaklarını tahsil etmelerinin davalı tarafından zorlaştırılabileceğini haklı çıkaracak herhangi bir belirleyici unsur sunamamışlardır: Westphalen, s. 27.

⁴⁴ Örneğin, ICC Dava No. 12361'de hakem heyeti davalıya "davacı tarafından kendisine tedarik edilen ekipmanı elden çıkarmamasını, satmamasını veya üzerinde takyidat oluşturmamasını" emretmiştir (<https://jsumundi.com/en>).

⁴⁵ Pekcanitez, s. 133.

⁴⁶ Westphalen, s. 21; Uyanık, Merve Ece: Tahkim Yargılamasında Acil Durum Hakemi, Ankara 2020, s. 23-24.

⁴⁷ Hakem kurulu geçici hukukî koruma tedbirleri konusunda genellikle ara karar vermektedir: Pekcanitez (Pekcanitez Usul), s. 2717; Yeşilırmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 152; Erten, s. 73.

⁴⁸ Yeşilırmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 148.

⁴⁹ Yeşilırmak, Ali: Provisional Measures in International Commercial Arbitration, Lahey 2005, s. 259 vd.

kararına tarafların kendiliğinden yani icraya gerek kalmaksızın uyması beklenir. Hakem kurulunun vermiş olduğu geçici hukukî koruma kararına uymayan taraf, bu sebeple diğer tarafın uğramış olduğu zararları karşılamaya mahkûm edilebileceği gibi, geçici hukukî koruma tedbiri konusunda yapılan masrafları karşılamaya da mahkûm edilebilir.⁵⁰ Başka bir anlatımla, icra yoluyla uygulama alanı olmayan bir karar (bazı kararların icra yoluyla uygulama alanı bulunmaz) hakem tarafından verilir ve kararın muhatabı bu karara uymaz ise, hakem oluşacak zarar ve ziyana hükmedebilir.⁵¹ Örneğin; ihtiyatî haciz, niteliği itibarıyla hakem kurulu tarafından verilecek geçici hukukî koruma tedbiri olmadığından ancak mahkemenin talep edilebilir.⁵² MTK'da olduğu gibi,⁵³ ICC Tahkim Kuralları da tarafların ihtiyatî tedbir kararı için bir yargı organına başvurmasını tahkim yargılaması ile çelişen bir durum olarak görmemektedir.⁵⁴

ICC Tahkim Kuralları m.28/II'de, *“dosyanın hakem kuruluna havalesinden önce ve uygun hâllerde sonrasında dahi, tarafların koruyucu veya geçici tedbir kararları için yetkili herhangi bir yargı merciine başvurabileceği; taraflardan birinin böyle tedbirler için veya hakem kurulu tarafından verilen bu tür tedbir kararlarının uygulanması için bir yargı merciine başvurusunun tahkim anlaşmasının ihlali veya tahkim anlaşmasından feragat olarak kabul edilmeyeceği ve hakem kuruluna mahsus yetkileri etkilemeyeceği; böyle bir başvuru ve yargı mercii tarafından alınan önlemlerin, derhal Sekretarya'ya bildirilmek zorunda olduğu ve Sekretarya'nın da bu hususu hakem kuruluna bildireceği”* hüküm altına alınmıştır. Anılan maddede tahkim yargılaması ve mahkeme yargılaması arasındaki ilişkiye değinilmiştir.⁵⁵ Tarafların menfaatleri göz önünde bulundurularak bir yandan hakemler bir yandan da mahkeme hâkimleri arasında mantıklı bir yetki dağılımı öngörülmüştür.⁵⁶ Öte yandan yapılan bu düzenleme ile tarafların hak kaybına uğramaması da amaçlanmaktadır.⁵⁷

Kurallar m.28'den anlaşılacağı üzere iki durumda mahkemelerin yetkili olduğu kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, tahkim dosyasının hakem kuruluna gönde-

⁵⁰ Pekcanitez (Pekcanitez Usul), s. 2716; Yeşilirmak (Provisional Measures), s. 243.

⁵¹ Yeşilirmak (Arbitral Practice), s. 10.

⁵² Pekcanitez (Pekcanitez Usul), s. 2716.

⁵³ MTK m.6 hem hakemlerin hem de mahkemenin ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararı verebileceğini bir arada düzenlemiştir. Gerek ulusal düzenlemelerde gerekse uluslararası düzenlemelerde genellikle bu sistem benimsenmiştir: Erten, s. 58.

⁵⁴ Akıncı, Ziya: Yabancılık Unsuru Kavramı ve ICC Tahkimi, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2004, s. 48.

⁵⁵ Yeşilirmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 149.

⁵⁶ Keser Berber, Leyla: Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Ankara 1999, s. 115.

⁵⁷ Ceyhan, Mustafa Kaan: Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Yargılaması, Ankara 2022, s. 139.

rilmesinden önceki aşamadır. Bu aşamada acil durum hakemi de yetkilendirilmemişse, mahkeme dışında tarafların geçici hukukî koruma için başvurabilecekleri merci yoktur.⁵⁸

Mahkemelerin yetkili olduğu diğer bir durum ise, tahkim dosyasının hakem kuruluna ulaşmasından sonrasındır. Tahkim dosyası hakem kuruluna ulaştıktan sonra tarafların hak ve menfaatlerine ilişkin nihai kararı verecek merci, hakem kuruludur.⁵⁹ Ancak yine de bazı hallerde mahkemeye başvurmak gerekebilir. Kurallar m.28/II, uygun hâllerin varlığı durumunda mahkemeye başvuruyu öngörmektedir. Ancak anılan madde her ne kadar “uygun hâllerde”⁶⁰ şeklinde ifade edilmiş olsa da hangi durumların uygun kabul edileceği Kurallar’da belirtilmemiştir. Ancak öğretide üç hâlde⁶¹ mahkemeye başvurulmasının uygun olacağından söz edilmektedir.⁶² Bunlardan ilki, hakem kurulunun müdahale edemeyeceği ivedilikte bir durumun ortaya çıkması hâlidir. İvedilikle hareket edilmediği takdirde ciddi veya düzeltilemez bir zarar oluşacaksa mahkemeye başvuru uygun kabul edilir. İkinci hâl ise, hakem kurulunun yetkisi dışındaki hâllerdir.⁶³ Örneğin; Türk hukukunda ihtiyatî haciz yalnızca mahkemelerden alınabilir veya tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişileri ilgilendiren geçici hukukî koruma tedbirleri ancak mahkemeden alınabilir.⁶⁴ Son hâl de hakem kurulunun ölüm, istifa veya hastalık ve benzeri sebeplerden ivedi karar alma imkânının olmasıdır.

Kurallar m.28/II’de ifade edildiği üzere, yukarıda belirtilen bu sebeplerle, uygun durumlarda mahkemeye başvurulması gerekeceğinden böyle bir başvuru yapılması tahkim anlaşmasından feragat anlamına gelmez ve hakemin geçici hukukî koruma konusundaki yetkilerini etkilemez. Nitekim geçici hukukî koruma tedbiri konusunda mahkemeye yapılan başvuru ve mahkemeden verilen tedbir kararı Sekreterliğe ve hakem kuruluna bildirilir.

Uygun olmayan durumlarda mahkemeye başvurulması veya tedbir alınması hâlinde bu durumun nasıl çözüme kavuşturulacağına ilişkin Kurallar’da herhangi

⁵⁸ Yeşilirmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 149.

⁵⁹ Yeşilirmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 149.

⁶⁰ Uygun koşulların bulunması hâli, daha önceki düzenlemede “istisnai koşulların varlığı hâlinde” şeklinde ifade edilmiş olduğundan, bu ifadenin değiştirilmesiyle birlikte hakemlerin tedbir kararı verebilme yetkisi genişletilmiştir. Pekcanitez, s. 119.

⁶¹ Yeşilirmak (Provisional Measures), s. 94 vd.

⁶² Bu konuda somut olayın şartları karşısında, hakemlerin ihtiyatî tedbir taleplerinin yerine getirilemeyeceğinden ve hakem kararının icra edileceği yerde, bu kararın hiç veya zamanında icra edilemeyeceğinden korkulduğu veya bunun beklendiği durumlarda, tehlikeye maruz kalan taraf doğrudan devlet mahkemesine gitmelidir. Keser Berber, s. 116.

⁶³ Fry/Greenberg/Mazza, s. 291, par. 3-1039.

⁶⁴ Bu konuda, tahkimde hakemin yetkisinin tahkim sözleşmesinden doğması sebebiyle hakemin tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilere tedbire hükmedemeyeceği görüşü de mevcuttur: Kalpsüz, s. 48.

bir düzenleme yoktur. Bu hususta, uygun olmayan durumda yaptığı başvuru sebebi ile zarara uğrayan tarafın bu zarar ve yargılama masraflarını tahkim yargılamasında isteyebileceği öğretide kabul edilmekte olup uygulamada aksine kararlar da mevcuttur.⁶⁵

Son olarak, değişen koşullar karşısında geçici hukukî koruma taleplerinin değiştirilmesi veya iptali açısından Kurallar herhangi bir hüküm içermemektedir. Ancak ihtiyatî tedbir talepleri sadece geçici nitelikte olmadığından, aynı zamanda değişen koşullar karşısında yargılamanın devamı sırasında dahi, taraflardan birinin talebi üzerine iptal edilebilir veya değiştirilebilir.⁶⁶ Ancak bu iptal edilebilirlik veya değiştirilebilirliğin hangi merci tarafından yapılabileceğine dair bir belirleme bulunmamaktadır.

III. ICSID TAHKİM KURALLARI UYARINCA GEÇİCİ VE KORUYUCU TEDBİRLER

Hakemlerin geçici tedbir kararı verme yetkisi 10 Nisan 2006 tarihli ICSID Ana Sözleşme m.47'ye dayanmaktadır. Bu yetkinin hangi şartlarda uygulanacağı, tedbir kararına ilişkin usul ve esaslar 10 Nisan 2006 tarihli ICSID Tahkim Kuralları m.39'da ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Ancak bu düzenlemeye rağmen, hakem heyetinin tedbir kararı verirken esas alacağı ölçütler, tedbir türleri, hakem heyetinin *anti-suit injunction* kararı verip veremeyeceği, ICSID tahkimi başlatılmasına rağmen ulusal mahkemelerden tedbir kararının alınıp alınamayacağı ve ICSID hakem heyeti tarafından verilen tedbir kararlarının icrası hususları sorun yaratmaktadır.⁶⁷

10 Nisan 2006 tarihli ICSID Ana Sözleşme ve ICSID Tahkim Kuralları, 2022 yılında değişikliğe uğramış olup, geçici hukukî korumalara ilişkin ICSID Ana Sözleşme m.47'de herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır. Öte yandan 1 Temmuz 2022 tarihli ICSID Tahkim Kuralları'nın konuya ilişkin düzenlemesine m.47'de yer verilmiştir. Bu yeni yapılan düzenleme ile geçici hukukî korumalara ilişkin esaslı bir yenilik söz konusu değildir.

ICSID Ana Sözleşme m.47'ye göre, taraflar başka biçimde anlaşmadığı takdirde Heyet, şartların böyle gerektirdiğini düşünerek her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak için ihtiyatî tedbirler tavsiye edebilir. ICSID Tahkim Kuralları ise "Geçici Tedbirler" başlığı altında daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermiştir.

10 Nisan 2006 tarihli ICSID Tahkim Kuralları m.39'a göre;

⁶⁵ Yeşilırmak (ICC Tahkim Kuralları), s. 150-151; Yeşilırmak (Provisional Measures), s. 97.

⁶⁶ Keser Berber, s. 118.

⁶⁷ Ekşi, Nuray: ICSID Hakem Heyetinin Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararı Verme Yetkisi, Uluslararası Tahkim ve Tahkim Hukuku Dergisi Y. 2012, C. 1, S. 2, s. 8.

“(1) Başvurunun yapılmasından sonra taraflardan biri, haklarının korunması için Heyet tarafından geçici tedbirlerin tavsiye edilmesini her zaman talep edebilir. Bu talep, korunacak hakları, talep edilen tavsiyeye ilişkin tedbirleri ve bu tedbirleri gerektiren durumları belirtmelidir.

(2) Heyet, paragraf (1) uyarınca yapılmış olan talebin değerlendirilmesine öncelik verir.

(3) Heyet re'sen de geçici tedbirler tavsiye edebileceği gibi, talepte belirtilen tedbirlerden farklı tedbirler de tavsiye edebilir. Heyet, tavsiyelerini her zaman değiştirebilir veya geri alabilir (kaldırabilir).

(4) Her iki tarafa da görüşlerini sunma fırsatı verdikten sonra Heyet, yalnızca geçici tedbirleri tavsiye eder veya tavsiyelerini değiştirir ya da geri alır (kaldırır).

(5) Taraflardan biri, Heyet'in kurulmasından önce paragraf (1) uyarınca bir talepte bulunursa, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine Genel Sekreter, tarafların talebe ilişkin görüşlerini sunmaları için belirli bir süre tayin eder, ki talep ve görüşler, kurulması akabinde Heyet tarafından acilen değerlendirilebilsin.

(6) Bu Kural'daki hiçbir husus, rızalarını kayıt altına alan sözleşmede öngörülmemiş olması şartıyla, tarafların, başvurunun yapılmasından önce veya sonra şahsi hak ve menfaatlerinin korunması için herhangi adli veya başka bir merciin geçici tedbirlere hükmünü talep etmesini engellemez.”

ICSID m.47 uyarınca verilen ihtiyatî tedbirlerin amacı, hakemler karara kadar, mevcut durumu korumaktır.⁶⁸ Burada önemli olan anılan maddede “hükmeder” veya “tedbir kararı alabilir” ibaresi yerine “tedbir kararı tavsiye eder” ibaresinin kullanılmasıdır.⁶⁹ Geçici ve koruyucu tedbirin tavsiye edilmesi, nihai hakem kararı olmadığından, iptal davasına konu olmaz.⁷⁰ Bununla birlikte tarafların, heyetin tavsiye edeceği tüm veya belirli türdeki tedbir kararlarının

⁶⁸ Hirsch, Moshe: The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, Dordrecht 1993, s. 31; Schreuer, Christoph H./Malintoppi, Loretta/Reinisch, August/Sinclair, Anthony: The ICSID Convention: A Commentary, İkinci Baskı, Cambridge 2009, s. 759, par. 2; Coleman, Matthew/Innes, Thomas: Provisional Measures During Suspension of ICSID Proceedings, ICSID Review, 2015, Vol. 30, No. 3, s. 713; Sinclair, Anthony C./Repousis, Odysseas G.: An Overview of Provisional Measures in ICSID Proceedings, ICSID Review, 2017, Vol. 32, No. 2, s. 431-432.

⁶⁹ Yeşilirmak (Provisional Measures), 62-63; Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 764, par. 15.; Sinclair/Repousis, s. 432. ICSID Hakem Heyetinin verdiği tedbir kararının icrai nitelikten yoksun olması önemli bir eksiklik. Tavsiye niteliğinde olsa bile tedbir kararı taraflar için bağlayıcıdır. ICSID Ana Sözleşme m.47'nin lafzına bakıldığında hakem heyetini bağlayıcı tedbir kararı veremeyeceği, sadece tedbir tavsiye edebileceği sonucuna ulaşılabilir: Ekşi (ICSID), s. 11.

⁷⁰ Ekşi (ICSID), s. 10.

bağlayıcı olacağı hususunda anlaşmaları da mümkündür.⁷¹ Ayrıca uygulamada, hakem heyetleri tarafından, geçici tedbirlerin taraflar için bağlayıcı olduğu kabul edilerek tarafların “tavsiye edilen” geçici tedbirlere uymaya ilişkin hukukî yükümlülüklerinin bulunduğu, bu bağlamda “tavsiye etme” ibaresinin esasen “hükmetme” ile eşit değerde addedildiğinin açıkça ifade edildiği oldukça fazla örnek bulunmaktadır.⁷²

1 Temmuz 2022 tarihli ICSID Tahkim Kuralları m.47'e göre;

“(1) Taraflardan biri, Hakem Heyeti'nden, aşağıdaki tedbirler de dâhil olmak üzere, söz konusu tarafın haklarını korumak için geçici tedbirlerin tavsiye edilmesini her zaman talep edebilir:

(a) söz konusu tarafa mevcut veya yakın zamanda zarar vermesi veya tahkim sürecine hâlel getirmesi muhtemel eylemleri önlemek;

(b) uyumsuzluğun karara bağlanmasına kadar statükonun korunması veya eski haline getirilmesi veya

(c) uyumsuzluğun çözümüyle ilgili olabilecek delilleri muhafaza eder.

(2) Başvuru hâlinde aşağıdaki prosedür uygulanacaktır:

(a) talepte korunması gereken haklar, talep edilen tedbirler ve bu tedbirleri gerektiren koşullar belirtilir;

(b) Heyet, tarafların taleple ilgili görüşlerini sunmaları için belirli bir süre belirler;

(c) eğer bir taraf Heyet'in kurulmasından önce geçici tedbirler talep ederse, Genel Sekreter, Heyet'in kurulduktan sonra talebi derhal ele alabilmesi için, taleple ilgili yazılı görüşler için belirli bir süre belirler; ve

(d) Heyet, taleple ilgili kararını, Heyet'in kurulmasından veya taleple ilgili son görüşlerin yapılmasından sonraki 30 gün içinde verir.

(3) Heyet, geçici tedbirlerin tavsiye edilip edilmeyeceğine karar verirken, aşağıdakiler de dâhil olmak üzere ilgili tüm koşulları dikkate alır:

(a) tedbirlerin acil ve gerekli olup olmadığı ve

(b) tedbirlerin her bir taraf üzerinde yaratabileceği etki.

(4) Heyet re'sen de geçici tedbirler tavsiye edebileceği gibi, talepte belirtilen tedbirlerden farklı tedbirler de tavsiye edebilir.

(5) Taraflardan biri, hakem heyetinin tedbirler tavsiye edilmesine neden olan koşullardaki herhangi bir önemli değişikliği derhal açıklamalıdır.

⁷¹ Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 761, par. 8.

⁷² Crawford, James: ICSID Reports, Vol. 6, New York 2004, s. 374, 381-382; Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 764-765, par. 18-22; Sinclair/Repousis, s. 433-434.

(6) Heyet, re'sen veya bir tarafın talebi üzerine, geçici tedbirleri her zaman değiştirebilir veya kaldırabilir.

(7) Taraflardan biri, tarafların tahkime rıza gösterdiklerini kaydeden belgede yer alması veya kararlaştırılmış olması hâlinde, herhangi bir adli veya diğer makamdan geçici tedbir kararı almasını talep edebilir.”

Öncelikle 1 Temmuz 2022 tarihli ICSID Tahkim Kuralları m.47/I,II ve III fıkralarına bakıldığı zaman bunların, 10 Nisan 2006 tarihli ICSID Tahkim Kuralları m.39/I ve II. fıkrasına göre daha ayrıntılı bir düzenleme içerdiği görülmektedir. Yeni yapılan düzenlemeye göre, taraflardan birinin, maddede belirtilen tedbir türleri de dâhil olmak üzere Hakem Heyeti'nden, geçici tedbirlerin tavsiye edilmesini talep edebileceği (m.47/I), bu şekilde bir talebin veya başvurunun varlığı hâlinde uygulanacak olan prosedürün nasıl olacağı (m.47/II) ve Heyet'in geçici tedbirlerin tavsiye edilip edilmeyeceğine karar verebilmesi için dikkate alması gereken koşulların neler olması gerektiği (m.47/III) üzerinde durulmuştur. Her ne kadar yapılan bu düzenleme eski düzenlemeye oranla ayrıntılı bir düzenleme gibi görünse de yeni düzenlemede genel ifadeler kullanılmış olup tedbirlerin türlerinin neler olacağı, aciliyete yüklenen anlam veya taraflar üzerinde oluşturacağı etki gibi kavramların net bir şekilde sınırı çizilmemiştir.⁷³

10 Nisan 2006 tarihli ICSID Tahkim Kuralları m.39/I, III'e göre ICSID hakem heyeti kendiliğinden veya talep üzerine geçici ve koruyucu önlem tavsiye edebilir.⁷⁴ Bununla birlikte tarafların geçici tedbirlerin alınmaması veya Heyet'in yetkisinin belli durumlar ya da tavsiye edebileceği tedbir türleri bakımından kısıtlanması hususlarında anlaşmaları söz konusu olabilir.⁷⁵ Dolayısıyla, geçici ve koruyucu önlemlerin tavsiye edilebilmesi için tarafların aralarında bu hususa ilişkin aksine bir anlaşma yapmamış olmaları gerekmektedir (ICSID Ana Sözleşme m.47). Geçici hukukî koruma verme yetkisini münhasıran hakem kuruluna bırakan tek örnek ICSID Sözleşmesi'dir.⁷⁶ Ancak tarafların açıkça anlaşması hâlinde hakem heyetinin bu yetkisi, mahkemeden tedbir kararı alınmasına engel teşkil

⁷³ Aciliyet, gereklilik ve orantılılık gibi geçici tedbir önerilmesini söz konusu kılan haller her bir dava için ayrı ayrı belirlenmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı değerlendirme yapılan kararlar için bkz. Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM S.A. v. Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/08/20; Klesch Group Holdings Limited and Raffinerie Heide GmbH v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/23/49; Finley Resources, Inc., MWS Management, Inc., and Prize Permanent Holdings, LLC v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB/21/25).

⁷⁴ Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin Gelgel, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I, Dördüncü Bası, İstanbul 2013, s. 116; Delaume, Georges R.: ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects, Pace Law Review, 1985, Vol. 5, s. 582; Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 760, par. 7.; Coleman/Innes, s. 715.

⁷⁵ Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 761, par. 8.

⁷⁶ Erten, s. 57; Westphalen, s. 30.

etmez.⁷⁷ Eğer mahkemededen tedbir kararı alma konusunda açık bir anlaşma yoksa, bu yetki ICSID hakem heyetine aittir.⁷⁸

1 Temmuz 2022 tarihli ICSID Tahkim Kuralları m.47/IV, VI'a göre de hakem heyeti kendiliğinden veya talep üzerine geçici ve koruyucu önlem tavsiye edebilir. Bu hükme bakıldığı zaman getirilen tek yeniliğin, m.47,VI'da yer alan Hakem Heyetinin geçici tedbirleri değiştirme veya kaldırma yetkisinin re'sen veya bir tarafın talebi üzerine gerçekleşecek olmasıdır. Eski düzenleme zamanında yalnızca tedbirleri değiştirme veya kaldırmaya Heyet'in yetkisi olduğu vurgulanmış olup, bunun tarafın talebiyle mi yoksa kendiliğinden mi yapacağı ele alınmamıştı.

ICSID hakem heyeti oluşturulmadan önce tedbir talep edilebileceğine ilişkin ICSID Ana Sözleşme m.47'de herhangi bir hüküm bulunmasa da, ICSID Tahkim Kuralları m.39/V'te hakem heyetinin oluşmasından önce geçici tedbir talep edilebileceğine ilişkin düzenleme vardır. Buna ek olarak ICC'de "tahkim öncesi hakem usulü" devreye girmekteyken, ICSID'de ise bu tür bir sistem bulunmasa da 10 Nisan 2006 tarihli ICSID Tahkim Kuralları m.39/VI'da taraflar için ulusal mahkemelere müracaat etme yolu açık bırakılmıştı.⁷⁹ Aynı hüküm 1 Temmuz 2022 tarihli ICSID Tahkim Kuralları m.47/VII'de aynı anlama gelecek şekilde ifade edilmiştir.

ICSID Tahkim Kuralları m.39/IV'te vurgulandığı üzere ICSID hakem heyeti *ex parte* tedbir kararı veremez.⁸⁰ Hakem heyeti ancak, taraflardan her birine beyanların sunma olanağı verdikten sonra geçici tedbir tavsiye edebilir veya tedbiri değiştirebilir ya da kaldırabilir.⁸¹ Örneğin, ham petrol, doğal gaz, kömür ve rafineri sektörlerinde faaliyet gösteren Klesch Group Holdings Limited ve Raffinerie Heide GmbH isimli şirketlerin Federal Almanya Cumhuriyetine karşı açtığı Alman Yıllık Vergi Yasası 2022 uyarınca %33 oranında dayanışma katkısı ödemesi zorunluluğu getirilmesinin "açıkça ultra vires" ve cezalandırıcı olduğunu iddia etmektedir. Davacılar, tahkim devam ederken ve mahkeme bu konuyu karara bağlamamışken (ki davalıların da bu bağlamda itirazı olmadığından), da-

⁷⁷ Ekşi (ICSID), s. 11.

⁷⁸ Coleman/Innes, s. 720; Ekşi (ICSID), s. 11.

⁷⁹ Ekşi (ICSID), s. 12.

⁸⁰ Diğer tarafın dinlenmesi durumunda talep edilen tedbir anlamsız olacak ise, *ex parte* yani sadece bir tarafın dinlenmesiyle geçici hukuki koruma tedbirine hükmedilebilir. Bu durumda süre verilip diğer taraf da dinlenir. *Ex parte* kararın verilebilmesi için, taraf, diğer tarafın dinlenmesinin tedbirin amacına engel olacağına ilişkin sebep ve delilleri ortaya koymalıdır: Pekcanitez (Pekcanitez Usul), s. 2717. Aksi hâlde, verilen *ex parte* tedbir kararı, yargılama sonucunda verilen kararın iptali sebebi teşkil edebilir: Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 763, par. 12.

⁸¹ Ekşi (ICSID), s. 15. Hakem heyetinin geçici tedbir tavsiye edebilmesi için aranan şartlara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Sinclair/Repousis, s. 435 vd.

yanışma katkısı ödemeye zorlanmaması gerektiğinden mahkemece geçici tedbire karar verilmesi yerindedir.⁸²

ICSID hakem heyeti tarafından verilen tedbir türlerinde herhangi bir yeknesaklık bulunmamaktadır.⁸³ Heyet tarafından verilen delillerin korunması ve ibrazı, kamulaştırılan şirket kayıtlarının muhafaza altına alınması, ICSID tahkim yargılamasına rağmen milli mahkemelerde açılan davaların askıya alınması bazı tedbir türleridir.⁸⁴

⁸² Benzer bir diğer karar için bkz. City Oriente, Ekvador'un "2006-42 sayılı Kanun" u uygulayarak Ekvador'a ekstra gelir ödenmesini gerektirecek şekilde aralarındaki sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirmeye çalıştığını iddia etmiştir. City Oriente, Ekvador ve Petroecuador'un diğerlerinin yanı sıra söz konusu geliri tahsil etmesini önlemek için geçici tedbirler talep etmiştir. Mahkemenin verdiği karara göre göre, davacı tarafından talep edilen geçici tedbirler, davacının haklarını ve bu tahkimde ileri sürdüğü iddiaları korumak için gereklidir. Gerçekten de City Oriente, Sözleşmenin orijinal hüküm ve koşullarına uygun olarak ifa edilmesini istemektedir. Ekvador ve Petroecuador, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin 2006-42 sayılı Kanunun uygulanması sonucunda etkilenmediğini veya değiştirilmediğini ve tam olarak uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Davalılar haklı olsa da olmasa da bu durum, mahkemenin yargılamanın bu aşamasında karar veremeyeceği ve vermemesi gereken davanın esasına ilişkin bir konudur. Ancak, bu anlaşmazlık hakkında bir karar verileinceye kadar taraflardan hiçbirinin uyuşmazlığı ağırlaştırılamayacağı veya uzatamayacağı da bir gerçektir. Sonuç olarak, Ekvador ve Petroecuador'un sözleşme aracılığıyla üstlendikleri yükümlülükler, imzalandıkları şekliyle uymaya devam etmeleri ve sözleşmenin feshedildiğini ilan etmekten veya içeriğini başka bir şekilde değiştirmekten kaçınmaları gerekmektedir" (City Oriente Limited v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Perroleos del Ecuador (Petroecuador) ICSID Case No. ARB/06/21).

⁸³ Örneğin, Kongo'da petrol dağıtım işi yapan İtalyan şirketi AGIP'in malvarlığı millileştirilerek Kongo Devleti'ne ait Hydro-Congo'ya aktarılmıştır. 1975 yılında malvarlığının Kongo tarafından millileştirilmesi üzerine AGIP, ICSID tahkimine başvurmuştur. Millileştirme sırasında AGIP'in bütün yerel ofisleri ve bu ofislerinde bulunan belgelere de el konulmuştur. AGIP, belgeler olmaksızın savunma yapamayacağını belirterek belgelerin Kongo tarafından kendisine verilmesini sağlamak için tedbir kararı talep etmiş ve tedbir talebi, hakem heyeti tarafından kabul edilmiştir (Eni International B.V., Eni Oil Holdings B.V. and Nigerian Agip Exploration Limited v. Federal Republic of Nigeria, ICSID Case No. ARB/20/41).

Diğer bir örnekte ise, Amerikalı şirket Amco Asia Corporation'ın Endonezya'nın başkenti Cakarta'da yaptığı otele el konulması üzerine ICSID tahkimine başvurulmuştur. Tahkim yargılamasında, Endonezya, Amco Asia'nın Endonezya'ya karşı başlattığı basın yoluyla propaganda kampanyasının durdurulmasına ilişkin tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. Hakem heyeti, basın yoluyla propaganda yapılması olarak nitelenen hususun, bir gazetede çıkan ve Amco Asia tarafından hakem heyetine sunulan bir belge olması ve bu belgenin tek başına Endonezya'ya zarar verecek niteliğinin bulunmaması sebebiyle tedbir talebini reddetmiştir. Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1).

Başka bir örnekte de, Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S ile Slovak Cumhuriyeti arasında görülen davada, davacı ICSID m.47 ve ICSID Tahkim Kuralları m.39 uyarınca, Slovak mahkemesinde görülen iflâs davasının durdurulmasının tavsiye edilmesini istemiştir. Hakem heyeti, iflâs davasının ICSID tahkimine konu olan Ceskoslovenska'nın, Konsolide Sözleşmesi uyarınca zararlarını karşılamak için Slovak Devleti'nden fon talep etme hakkının olup olmadığını tespitiyle (diğer bir ifadeyle ICSID tahkiminin konusuyla) ilgili olduğu ölçüde iflâs davasının durdurulmasına; kararın Slovak mahkemelerine bildirilmesine ve sonucundan hakem heyetinin haberdar edilmesine karar vermiştir (Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. the Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4). Daha fazla örnek karar için bkz. Ekşi (ICSID), s. 16-32.

⁸⁴ Sinclair/Repousis, s. 431-432; Ekşi (ICSID), s. 16.

Diğer bir değinilmesi gereken husus da ICSID Ana Sözleşmesi m.26 ile ICSID Tahkiminin kararlaştırılması hâlinde milli mahkemelerin yetkisinin ortadan kalkmasıdır. Anılan madde uyarınca, taraflar tahkime gitme konusunda anlaşmış ve aksini belirtmemişlerse artık uyuşmazlığın çözümü için hakeme başvurmak zorundadırlar.

Hakem heyetinin vereceği tedbir türleri ICSID Ana Sözleşme m.47'de sayılmamıştır. Tedbir türlerinden biri olan *anti-suit injunction*, mahkeme veya hakem heyeti tarafından, karşı tarafın başka bir ülkede dava açması veya açılmış bir davaya devam etmesini veya ayrı bir tahkim süreci başlatmasını önlemek için verilen tedbir kararıdır.⁸⁵ Hakemlerin *anti-suit injunction* kararı vermesinin, hakemlerin, tahkim anlaşmasının ihlaline karşı yaptırım uygulamak ve nihai hakem kararının etkinliğini korumak ya da husumetin artmasını önlemek için gerekli tedbirleri alma yetkisinin doğal sonucudur.⁸⁶ Hakemlerin *anti-suit injunction* kararı vermesine karşın bu durum, hakemlerin devlet mahkemelerine karşı *anti-suit injunction* kararı vermelerinin, tarafların hak arama özgürlüğüne engel olacağı ve devlet mahkemelerine karşı bu yetkinin kullanılmasının uygun olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁸⁷

Son olarak da, tavsiye niteliğindeki tedbir kararı taraflar için bağlayıcı olsa bile devlet aleyhine verilen bu kararların nasıl icra edileceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu kararların icrası konusunun ICSID Ana Sözleşme m.53-55'te yer alan "hakem kararının tanınması, tenfizi ve icrası" hükümlerine tabi olup olmadığı belirsiz olduğundan; bu husustaki bir görüşe göre, ICSID Ana Sözleşme m.48-55 geçici ve koruyucu önlemler için uygulanmayacaktır.⁸⁸ Bu nedenle de

⁸⁵ Ekşi (ICSID), s. 39. Örneğin, 1972 yılında *Holiday Inns v. Morocco* davasında verilen karara konu olan olayda Holiday Inns, Fas'ta dört otelin inşası, finansmanı ve kontrolü için Fas Devleti ile sözleşme imzalamıştır. Ancak inşaat sırasında Fas Devleti ile Holiday Inns arasında uyuşmazlık ortaya çıkmış, Holiday Inns, iki otelin inşaatını durdurmuş, iki otelin işletmesini durdurmakla Fas'ı tehdit etmiş ve ICSID tahkimini başlatmıştır. Fas Devleti ise, yerel mahkemeye başvurmuş ve yerel mahkemeden, harcamaları Holiday Inns tarafından karşılanmak üzere iki otelin inşaatına Fas Devleti tarafından devam edilmesi ve diğer iki otele kayyım atanması kararını almıştır. Fas Devleti, Holiday Inns'in temsilcilerine cezai yaptırım tehdidinde bulunarak, otel planlarının Fas yetkililerine teslimini istemiştir. Ayrıca, Holiday Inns'e karşı basın yoluyla kampanya başlatmıştır. Buna karşılık Holiday Inns, ICSID hakem heyetinden, Fas Devleti'nin girişimlerinin önlenmesini ve tahkime başvurudan önceki şartlara dönülmesinin sağlanması için tedbir talep etmiştir. Fas Devleti de hem ICSID hakem heyetinin yetkisine hem de tedbir kararına itiraz etmiştir. Sonuç olarak hakem heyeti, Fas mahkemelerinin ICSID tahkim yargılaması tamamlanıncaya kadar tahkim yargılamasına konu uyuşmazlıklar hakkında karar almamasına; aksi tutumun milletlerarası yargılamanın iç yargılamaya üstün tutulacağına ilişkin kuralı ihlal edeceğine ve bu ihlal sebebiyle Fas Devleti'nin sorunluluğunun doğacağına hükmetmiştir (Holiday Inns S.A. Others v. Morocco, ICSID Case No.ARB/72/1): Ekşi (ICSID), s. 41-42.

⁸⁶ Gaillard, Emmanuel: *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators, International Arbitration 2006: Back to Basics?* Edited by: Albert Jan Van Den Berg, Vol. 13 of ICCA Congress Series, 2008, s. 237 vd.

⁸⁷ Ekşi (ICSID), s. 40. Eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gaillard, s. 240 vd.

⁸⁸ Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 759, par. 4.

ICSID hakem heyeti tarafından verilen geçici ve koruyucu önlemlerin tenfizi ve icrası konusunda akit devletlerin milli hukukları uygulanacak; hakem heyeti tarafından verilen tedbir kararının iptali, tanınması ve tenfizi veya tedbir kararlarının askıya alınması hususlarında ICSID hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.⁸⁹

SONUÇ

MTK uyarınca taraflardan birinin tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi hâlinde mahkeme böyle bir tedbire veya hacze hükmedebilir. Bu durum tahkim anlaşmasına aykırılık oluşturmaz. Her ne kadar MTK'da geçici hukukî koruma önlemine hakemlerin karar verebilmesi için sağlanması gereken koşullar belirtilmese de bu durum geçici hukukî koruma tedbirinin temel özelliklerinden çıkarılabilir.

1 Ocak 2021 tarihinde yapılan değişiklikle ICC Tahkim Kuralları, 1 Temmuz 2022 tarihinde yapılan değişiklikle de ICSID Tahkim Kuralları revize edilmiştir. Bu her iki değişikliğe bakıldığı zaman, geçici hukukî koruma tedbirleri konusunda çok büyük değişiklikler yapılmadığı görülmektedir.

Çoğu tahkim anlaşmasında hakem heyetinin geçici tedbir kararı verme yetkisine sahip olduğu açıkça belirtilmese de bu durum hakem heyetinin bu tür konulardaki yargı yetkisini engellemez. ICC tahkimde de geçici hukukî korumalardan olan ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespitine hakem tarafından karar verilebilir. Bu husus tarafın talebi ve teminat koşuluna bağlanmıştır. ICC tahkimde tedbirin türüne yönelik herhangi bir sınırlama yoktur. Ancak burada MTK'daki hükümden farklı olarak geçici hukukî korumalar taraflardan birinin talebi üzerine değiştirilebilir veya iptal edilebilir. 1 Ocak 2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları'nda eski düzenlemeye nazaran değişiklik bulunmamaktadır.

1 Temmuz 2022 tarihinde yapılan düzenlemede geçici hukukî koruma tedbirlerine ilişkin ICSID tahkimde daha ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. ICSID tahkimde, taraflar anlaşmadığı takdirde, Heyetin ihtiyatî tedbir tavsiye edeceği vurgulanmıştır. Burada da ihtiyatî tedbir tavsiye edilebilmesi için taraflardan birinin talebi veya Heyet tarafından re'sen dikkate alma mümkündür. Buna ek olarak, Heyet tavsiyelerini her zaman değiştirebilir veya kaldırabilir.

⁸⁹ Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, s. 760, par. 4.

KAYNAKÇA^(*)

- Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Güncellenmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2013.
- Akıncı**, Ziya, Yabancılık Unsuru Kavramı ve ICC Tahkimi, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2004, s. 21-52.
- Calvo**, Michel A., The Challenge of the ICC Arbitrators: Theory and Practice, Journal of International Arbitration, 1998, Vol. 15, No. 4, s. 63-72.
- Calvo-Goller**, Karin, The 2012 ICC Rules of Arbitration - An Accelerated Procedure and Substantial Changes, Journal of International Arbitration, 2012, Vol. 29, s. 324-344.
- Ceyhan**, Mustafa Kaan, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Yargılaması, Ankara 2022.
- Coleman**, Matthew/**Innes**, Thomas, Provisional Measures During Suspension of ICSID Proceedings, ICSID Review, 2015, Vol. 30, No. 3, s. 713-728.
- Crawford**, James, ICSID Reports, Vol. 6, New York 2004.
- Delaume**, Georges R., ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects, Pace Law Review, 1985, Vol. 5, s. 563-589.
- Dost**, Süleyman, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara 2006.
- Ekşi**, Nuray, ICSID Hakem Heyetinin Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararı Verme Yetkisi, Uluslararası Tahkim ve Tahkim Hukuku Dergisi Y. 2012, C. 1, S. 2, s. 3-47 (ICSID).
- Ekşi**, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim (6100 Sayılı HMK m.407-444), İstanbul 2013.
- Erdoğan**, Feyiz, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004.
- Erten**, Rifat, Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri, Ankara 2010.
- Feigerlová**, Monika, Emergency Measures of Protection in International Arbitration, International and Comparative Law Review, 2018, Vol. 18, No. 1, s. 155-177.
- Fry**, Jason/**Greenberg**, Simon/**Mazza**, Francesca, The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, Paris 2012.
- Gaillard**, Emmanuel, Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators, International Arbitration 2006: Back to Basics? Edited by: Albert Jan Van Den Berg, Vol. 13 of ICCA Congress Series, 2008.
- Grierson**, Jacob/**van Hooff**, Annet, Arbitration under the 2012 ICC Rules: An Introductory User's Guide, Croydon 2012.
- Hirsch**, Moshe, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, Dordrecht 1993.
- Horn**, Peter, A Matter of Appearances: Arbitrator Independence and Impartiality in ICSID Arbitration, New York University Journal of Law & Business, 2014, Vol. 11, No. 2, s. 349-395.

(*) Eserler yazarların soy isimleriyle anılmış olup, aynı yazara ait birden fazla eser varsa, parantez içinde kısaltılmış biçimiyle gösterilmiştir. Kısaltma verilmeyen eserlere bir defa atıf yapılmıştır.

- ICSID Secretariat Discussion Paper**, "Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration", ICSID Secretariat Discussion Paper, 22 October 2004, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> (E.T. 10.06.2024).
- Ignatius**, Linnea, A Decade and Some Change: A Look into the New 2012 ICC Rules of Arbitration, *Arbitration Law Review*, 2012, Vol. 4, s. 420-428.
- Kalpsüz**, Turgut, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara 2010.
- Keser Berber**, Leyla, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Ankara 1999.
- Kinnear**, Meg, Challenge of Arbitrators at ICSID - An Overview, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 2014, Vol. 108, s. 412-416.
- Landolt**, Phillip, The Inconvenience of Principle: Seperability and Kompetenz-Kompetenz, *Journal of International Arbitration*, 2013, Vol. 30, s. 511-530.
- Nomer**, Ergin/**Eksi**, Nuray/**Öztekin Gelgel**, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I, Dördüncü Bası, İstanbul 2013.
- Öztekin Gelgel**, Günseli, Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilik, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinap'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 1081-1093.
- Pekcanitez**, Hakan, Medeni Usul Hukuku Cilt: III, Pekcanitez Usul, İstanbul 2017 (Usul).
- Pekcanitez**, Hakan, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukukî Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003.
- Schreuer**, Christoph H./**Malintoppi**, Loretta/**Reinisch**, August/**Sinclair**, Anthony, The ICSID Convention: A Commentary, İkinci Baskı, Cambridge 2009.
- Sheppard**, Audley, Arbitrator Independence in ICSID Arbitration, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, New York 2009, s. 131-156.
- Smit**, Robert H., Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches and a Proposal for a Limited Form of Negative Kompetenz-Kompetenz, *Pepperdine Law Review*, 2014, Vol. 42, s. 17-34.
- Sinclair**, Anthony C./**Repousis**, Odysseas G., An Overview of Provisional Measures in ICSID Proceedings, *ICSID Review*, 2017, Vol. 32, No. 2, s. 431-446.
- Taşkın**, Âlim, Hakem Sözleşmesi, İkinci Bası, Ankara 2005.
- Tosun**, Özge, Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Y. 2013/2, C. 9, S. 25, s. 213-242.
- Uyanık**, Merve Ece, Tahkim Yargılamasında Acil Durum Hakemi, Ankara 2020.
- Westphalen**, Astrid, "Provisional And Conservatory Measures In InternatioNAl Arbitration- Overview", *International Business Law Journal*, Y. 2018, S. 3, s. 19-34.

- Whitesell**, Anne Marie, “Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice Concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators”, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2007.
- Wyss**, Natasha, First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan: A Perilous Approach to Kompetenz-Kompetenz, Tulane Law Review, 1997, Vol. 72, s. 351-378.
- Yeşilırmak**, Ali, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, İstanbul 2018 (ICC Tahkim Kuralları).
- Yeşilırmak**, Ali, Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 1999-2008, Special Supplement 2011: Interim, Conservatory and Emergency Measures in ICC Arbitration, 2011 (Arbitral Practice).
- Yeşilırmak**, Ali, Provisional Measures in International Commercial Arbitration, Lahey 2005 (Provisional Measures).
- Yeşilova**, Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008.
- Tunç Yücel**, Müjgân, HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013.

Kamu Hukuku

4734 Sayılı Kanuna Göre Yapılan Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama İşleminin Analizi - Danıştay Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme (*)

Analysis of Acts of Prohibition from Participating in Tender Procurements Made According to Law No. 4734 - A Review within the Framework of the Council of State's Decisions

Prof. Dr. Mehmet Emin AKGÜL^(**)

Öz:

Kamu İhale Kanunu'nda temel ilkeler düzenlenmiştir. Bunlar, saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun zamanda ve şartlarla karşılanması ile kaynakların verimli kullanılmasıdır. Bu ilkelerin, kamu ihale sürecinde hayata geçirilmesi ise Kanunda yapılan düzenlemelerle sağlanmaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklama işlemi, ihale sürecinin Kamu İhale Kanunu'nun amacına uygun yürütülmesinde idarenin elindeki önemli araçlardan birisidir. Bu aracın kullanımında, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarının hukuka uygun olması, Kanunda belirlenen amaca ulaşmayı sağlar. İşlemin unsurlarının kapsamı, Kanun ve mevzuat çerçevesinde tespit edilerek mevcut uygulama, yargı kararları da dikkate alınarak ortaya konulmaya çalışılmış ve öneriler getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

İhalelere Katılmaktan Yasaklama, Yetki, Şekil, Sebep, Konu, Amaç, 4734 Sayılı Kanun.

Abstract:

The basic principles are regulated in the Public Procurement Law. These are transparency, competition, equal treatment, reliability, confidentiality, public supervision, fulfilment of needs appropriately, promptly, and efficient use of resources. The implementation of these principles in the public procurement process is ensured by the regulations made in the law. The administrative act of prohibition from participating in tenders is one of the important tools in

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 10.08.2024 - Makale Kabul Tarihi: 21.10.2024.

(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,
E-posta: meakgul@baskent.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-5585-3439>.

the hands of the administration in carrying out the tender process in accordance with the purpose of the public procurement law. In using of this tool, the compliance of the elements of competence, form, cause/motivation, subject and purpose with the law ensures the achievement of the purpose determined in the law. The scope of the elements of the administrative acts has been determined within the framework of the law and legislation, and an attempt has been made to present them by taking into account current applications and judicial decisions, and suggestions have been made.

Keywords:

Prohibition From Participating In Tenders, Competence, Form, Cause, Subject, Purpose, Public Procurement Law No: 4734.

GİRİŞ

Kamu ihale hukukunda ihale süreci idarenin, yükleniciyi belirlemesiyle ilgili aşamalardan oluşmaktadır. Bu süreç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu tarafından düzenlenmiştir ve idare hukukuna tabidir. 4734 sayılı Kanun, ihalenin temel ilkelerini düzenlemiş ve yüklenicin belirleneceği süreçte bu ilkelerin somutlaşmasını sağlayacak düzenlemeleri de yapmıştır. Bu düzenlemelerden birisi de ihalelere katılmaktan yasaklama idari işlemidir. Bu işlem sonucunda hakkında yasaklama işlemi yapılan gerçek ya da tüzel kişi Kanunda belirlenen süre boyunca kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı kamu ihalelerine katılamamaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklama kararının hukuki niteliğiyle ilgili açıklamalara ve tartışmalara girilmemiştir. İhalelere katılmaktan yasaklama, 4734 sayılı Kanun tarafından ihaleyi yapan kamu kurum ya da kuruluşunun yapacağı bir idari işlemidir.

Çalışmada ihalelere katılmaktan yasaklama idari işlemi, unsurları açısından bir incelemeye tabi tutularak, ihale yapacak idarenin kanuni idare ilkesi zemininde kalmasını sağlayacak tespitler yapmak amaçlanmıştır. Bunun temini için ihaleden yasaklama idari işleminin unsurları; yetki, şekil, sebep, konu ve amaç sırasıyla önce kısaca açıklanacak devamında pozitif hukukta unsurlarla ilgili düzenlemeler, sorunlu konular ve yargı kararları çerçevesinde tespitler ve mümkün ise öneriler sunulacaktır. İhalelere katılmaktan yasaklama idari işleminin yargısal denetimi konulu incelemeler, idare hukuku alanında yeter ölçüde mevcuttur. Bu çalışmadan maksat ise işlemin unsurlarının idare için bir yol haritası oluşturacak şekilde ele alınması, açıklanması, devamında ise örnek yargı kararlarıyla uygulamadaki sorunların ortaya konmasıdır.

I. 4734 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE VERİLEN KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ İHALELERİNE KATILMaktan YASAKLAMA İŞLEMİNİN YETKİ UNSURU

İdari işlemde yetki unsurunun hukuka uygunluğu, idari işlemin geçerliliğinin ve varlığının idare adına yetkilendirilmiş makam tarafından yapılmış olup olmamasıyla tespit edilir. İdare hukukunda yetki, idari işlemin Anayasa ve kanun

tarafından idare adına irade açıklayacağı belirtilen makamlarca ve hukukun belirlediği alanda yapılması olarak tanımlanır. Kamu hizmetinin sunumunda kamu gücü kullanımının “aracı olan idari işlemin”, idari teşkilatlanma içinde yalnızca kanunla tespit edilen ve sınırları belirtilmiş makamlar tarafından yapılması, yetki unsurunun içeriğini oluşturur. Kamu görevlisinin kamu hizmetinin sunumunda idare adına hukuken geçerli irade açıklayabilmesi idari işlemin yetki unsurunun diğer bir tanımıdır. İdari teşkilatlanma içinde hukuki sonuç doğuracak karar alma gücü yetki olarak ifade edilmektedir.¹ Anayasamızın 6’ncı maddesinde ifade edilen “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.” hükmü yetki kavramının da en kısa ve öz tespitini yapmaktadır. Egemenliğin kullanılması için Anayasa ile oluşturulan devlet yapılanmasında bulunan organ ve makamların, bu yetkinin kullanımı için Anayasa, yasalar ve 2017 Anayasa değişiklikleri sonucu Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle belirlenmeleri ve yetkiyi kullanacakları alanın sınırlanması gerekmektedir.

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı vermeye yetkili makamlar, 4734 sayılı Kanun madde 58/1’de² “... *ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir.*” şeklinde sayılmıştır. Bakanlıklarda, ihaleden yasaklama kararını vermek yetkisi bakanlık makamına aittir ve bakan tarafından kullanılır. Bakanlıklar, ihaleden yasaklama kararının bakan onayına sunulmadan önce yapılması gerekenleri ve usulü, genelgeler³ ile yayımlamaktadır. Anayasa madde 123 idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini belirterek kanuni idare ilkesini vurgulamaktadır. Buradan hareketle idare adına irade açıklayacak-

¹ S. Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları. Cilt I, İstanbul, 1966, s. 301; E. Ethem Atay, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2023, s. 512; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2023, s. 40; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 2023, s. 364; Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla, Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Ankara, 2023, s. 337.

² 4734 sayılı Kanun, “**Madde 58- (Değişik birinci fıkrası: 30/7/2003-4964/35 md.)** 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir...”

³ T.C. Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Genelge 2018/2 (11.04.2018); Tarım ve Orman Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Genelge 2023-11 (18.10.2023).

ların kanunla belirlenmesi gerekir.⁴ İdare adına irade açıklamakla yetkilendirilmiş mercilere idari makam denmektedir. İdare içinde irade açıklamakla yetkilendirilmiş makamların sayısı sınırlıdır ve kanunla belirlenmiştir.⁵ Bakan, ihaleden yasaklama kararı vermek yetkisini devredebilir mi sorusu gündeme gelebilir. Yetki devri kısaca, idari yapı içinde idare adına karar almak yetkisinin bir makamdaki diğer bir makama devredilmesidir. Yetki devrinde makam esas alınır, kişiler arasında bir yetki devri söz konusu olamaz. “Aynı tüzel kişilik içinde” ve “aynı hiyerarşideki” üst makamdan ast makama yetki devri mümkündür.⁶ Yetki devrinde esas, Anayasa, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle bir makama verilmiş olan yetkinin devredilemeyeceğidir. Yetki devri bilindiği üzere istisnai bir durumdur ve yine Anayasa, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi tarafından açıkça belirtilmedikçe devredilemez.⁷ Yetki devrinde, idare adına irade açıklamakla yetkilendirilmiş makamın mesaisinin yoğunluğunun yarattığı baskıyı hafifletme ve etkin çalışmasını sağlamak, bunun yanında ise yetki devri yapılan alt makamın “bilgi ve tecrübesinin” artmasını ve üst görevlere hazırlanmasını sağlamak amacı da güdülür.⁸

Yetki devrinin yapılamayacağı durumların neler olduğuyula ilgili kısa bir açıklama yapılması yerinde olacaktır. Yetkinin kullanılmasını düzenleyen norm, yetkiyi münhasıran belli bir makama tevcih etmişse bu yetkinin devredilemeyeceği kabul edilmektedir. Bakanların yetki devri yapamayacakları konular, “başka bir bakana vekâlet etmek, yönetmelik çıkarmak, idari vesayet yetkisinin kullanımı, Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmak ve disiplin cezası vermek” şeklinde sıralanmaktadır. Bu tespitle aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesi kararı da⁹ mevcuttur. Bununla birlikte yetki devrinin hukuka uygunluğu ile ilgili ifadeler, normatif düzenlemeler değil, kamu hukukunda yetki konusuyla ilgili temel prensipler ve

⁴ E. Ethem Atay, s. 514; R. Çağlayan, s. 120; Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, Güncellenmiş 3. Baskı, 2019, s. 152; Emre Akbulut, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İkesi, İstanbul, 2013, s. 13-14.

⁵ Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara, 2015, s. 136; Kemal Gözler, s. 218.

⁶ Kemal Gözler, s. 860-864. E. Ethem Atay, s. 520-521; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, s. 188-190; Ali Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara, 2020, s. 393.

⁷ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2023, s. 486; “Disiplin cezası, disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesi, görevden uzaklaştırma, soruşturma açma, soruşturma izni verme ya da vermeme, ihbar ve şikayetleri işleme koyup koymama ve ön inceleme başlatıp başlatmama yetkileri kanunla doğrudan bir kamu görevlisine verilmiş yetkiler olduğundan devredilemez.” Kamu hizmetini planlama yetkisi, kamu görevlileri arasında iş bölümü ve örgütlenme, devralınmış bir yetkinin devri, maddi ve prestij maliyeti yüksek olan yetkiler, hiyerarşik denetim ve idari vesayet yetkisi” devredilemez”. Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2023, s. 192-193.

⁸ Ender Ethem Atay, s. 521.

⁹ Konuyla ilgili AYM Kararının künyesi; 27 Nisan 1993 tarih ve E. 1992/37, K. 1993/18; Kemal Gözler, s. 874.

Anayasanın ilgili hükümlerinin yorumuyla ortaya çıkan kabullerdir. Kanun metninde bir yetkinin “münhasıran” belirli bir makam tarafından kullanılması belirtilmişse, burada üstü örtülü olarak yetki devrinin dışarıda bırakılmış olduğu anlaşılmalıdır. Bu yorumun dayanağı ise yetkisizliğin genel, yetkinin istisnai olması ilkesi şeklinde somutlaşmaktadır.¹⁰ Yasalaşmayan “Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı” metninde de yetki devri konusu düzenlenmiştir.¹¹ Yetki devri ile ilgili idare hukuku yazını ve mahkeme içtihatları dikkate alındığında doğrudan belirli bir kamu görevlisine verilen yetkilerin, kamu hizmetiyle ilgili planlama ve iş bölümünü yapma, hiyerarşi ve idari vesayet yetkilerinin devredilemeyeceği konusunda görüş birliğinin olduğu söylenebilir.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararı vermek yetkisi, 4734 sayılı Kanun md.58 ile bakanlıklara verilmiştir. Yetki devri ile ilgili açıklamalar zemininde kamu ihalelerinden yasaklama kararı vermek yetkisinin devri incelenmelidir. Anayasamızda yetki devri konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa’da “Egemenlik” başlıklı md.6’da “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” hükmü gereği yetki, Anayasaya dayanmalıdır. Bu yetkinin kim tarafından kullanılacağı da kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesince belirlenecektir. Yetkisizlik genel yetki de istisnai olduğuna göre yetki devri konusu da kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmediği sürece yetki devri yapmak yetkisi hukuka uygun değildir. 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi “Ortak Hükümler” başlıklı onsekizinci bölüm madde 506’da yetki devri, “Bakan ve her kademedeki Bakanlık yöneticileri sınırlarını açıkça belirtmek ve yazılı olmak kaydıyla, yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebilir. Yetki devri, uygun araçlarla ilgililere duyurulur.” şeklinde düzenlenmiştir. Düzenleme dikkate alındığında,

¹⁰ Ayrıca Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı md.16/2’de; “kullanılması doğrudan bir kamu görevlisine verilmiş yetkiler, eşgüdüm ve planlama yetkisi, iş bölümü ve örgütlenme yetkisi, üstün, astları üzerindeki denetim yetkisi, disiplin soruşturması açılması ve disiplin cezası verme yetkisi, astın değerlendirilmesi ve terfine yönelik” yetkilerin devri yasaklanmıştır. Kemal Gözler, s. 873-875.

¹¹ “Yetki devri

Madde 16- “Yetkili makam, kanunla izin verilen hâllerde ve yazılı olmak koşuluyla işlem yapma yetkisini, kısmen, hiyerarşik yapıya uygun olarak alt makamlara devredebilir. Devredilen yetkiler, devreden tarafından kullanılamaz. Yetkiyi devralan, bu yetkileri devredenden bağımsız olarak kullanır.

Aşağıda belirtilen yetkiler devredilemez:

a) Kullanılması kanunla doğrudan bir kamu görevlisine verilmiş olan yetkiler,

b) Planlama yetkisi,

c) Kamu görevlileri arasındaki iş bölümünü kapsayan örgütlendirme yetkisi,

d) Üstün astları üzerindeki denetim yetkisi,

e) Disiplin soruşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi yetkileri,

f) Astların değerlendirilmesine ve terfiine yönelik yetkiler,

g) Yetki devri ile devralınan yetkiler”. <https://www.bilgiedinmehakki.org/blog/2006/10/12/genel-idari-usul-tasarisi/>, Erişim tarihi: 12.06.2024.

yetki devri yapılacak yetkilerin neler olacağı ya da olamayacağı konusunda bir sınırlama mevcut değildir. Kamu ihalelerinden yasaklama kararı verme yetkisi 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi madde 503¹² dikkate alındığında bakana aittir. Bakan bu yetkiyi bizzat kullanabilir ya da yetki devrinin şekil şartlarına uygun olarak bakanlık içinde bir makama devredebilir. İhaleden yasaklama kararı vermek yetkisinin uygun olarak devrinden sonra devredilen makamın yaptığı yasaklama işlemi yetki unsuru açısından hukuka uygundur.¹³

4734 sayılı Kanun md.58'de herhangi bir bakanlığın bağlı ve ilgili kuruluşu sayılmayan idarelerde ise bu idarelerin ihale yetkilileri, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermeye yetkili olarak belirlenmiştir. İhale yetkilisi 4734 sayılı Kanun md.4'te "İdarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini" şeklinde tanımlanmıştır. Harcama yapma yetkilisi ve yetkisi ise 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kanunu md.31'de "Bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama

¹² "Bakanlar MADDE 503 - (1) Bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiri olup, bakanlık icraatından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu, bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir".

¹³ "HUKUKİ DEĞERLENDİRME: 4734 Sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca, bakanlıklara bağlı kurumlar tarafından yapılan ihalelerde, ihalelere katılmaktan yasaklama kararının Bakan tarafından verilmesi gerekmektedir. Dairemizin yerleşik içtihatları da bu yöndedir". (Dairemizin 29/09/2015 tarih ve E: 2015/1280, K: 2015/3247 Sayılı kararı; 29/09/2015 tarih ve E: 2015/1296, K: 2015/3248 Sayılı kararı; 21/11/2016 tarih ve E: 2010/1228, K: 2016/3810 Sayılı kararı; 10/02/2016 tarih ve E: 2010/4422, K: 2016/227 Sayılı kararı).

"Dairemizin benzer dosyalarında yapılan ara kararları ile davalı idareden, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin "Olur"un Bakanlık Müsteşarı tarafından imzalanabileceğine ilişkin olarak Bakan tarafından müsteşarlık makamına herhangi bir yetki devri veya müsteşar adına herhangi bir imza devri yapıp yapılmadığı sorulmuş; davalı idare tarafından, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin işlemin müsteşar tarafından tesis edilmesine imkan sağlayan yazılı yetki devrini gösteren bir belgenin sunulmadığı görülmüştür. (Dairemizin 27/04/2016 tarih ve E: 2010/1228 sayılı; 28/05/2015 tarih ve E: 2015/1296 sayılı; 02/07/2015 tarih ve 2010/2724 Sayılı ara kararları) Bu itibarla, müsteşar tarafından imzalanmak suretiyle tesis edilen ihaleden yasaklama işleminde yetki yönünden hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır". Dan. 13. D. E. 2016/201 K. 2021/1030 T. 23.3.2021.

"Hukukî Değerlendirme: 4734 Sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca, bir bakanlığa bağlı kurumlar tarafından yapılan ihalelerde, ihalelere katılmaktan yasaklama kararının Bakan tarafından verilmesi gerekmektedir. Dairemizin yerleşik içtihatları da bu yöndedir (Dairemizin 29/09/2015 tarih ve E: 2015/1280, K: 2015/3247 Sayılı kararı; 29/09/2015 tarih ve E: 2015/1296, K: 2015/3248 Sayılı kararı; 21/11/2016 tarih ve E: 2010/1228, K: 2016/3810 Sayılı kararı; 10/02/2016 tarih ve E: 2010/4422, K: 2016/227 Sayılı kararı) Dairemizin diğer dosyalarında yapılan ara kararı ile davalı idareden, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin "olur"un Bakanlık Müsteşarı tarafından imzalanabileceğine ilişkin olarak Bakan tarafından müsteşarlık makamına herhangi bir yetki devri veya müsteşar adına herhangi bir imza devri yapıp yapılmadığı sorulmuş; davalı idare tarafından, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin işlemin müsteşar tarafından tesis edilmesine imkân sağlayan yazılı yetki devrini gösteren bir belgenin sunulmadığı görülmüştür. (Dairemizin 27/04/2016 tarih ve E: 2010/1228 sayılı; 28/05/2015 tarih ve E: 2015/1296 sayılı; 02/07/2015 tarih ve 2010/2724 Sayılı ara kararları". Dan. 13. D. E. 014/974 K. 2020/1640 T. 30.6.2020 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2016-201.htm>.

biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisidir.” şeklinde düzenlenmiştir. Hazine ve Maliye Bakanlığının Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliği (Seri No: 2) 1 a)’da “... ihale yetkilisinin ilgili mevzuatında özel olarak belirlendiği haller dışında, 5018 sayılı Kanununun 31 inci maddesi uyarınca belirlenmiş bulunan harcama yetkilileri aynı zamanda ihale yetkilisi olacaktır.” Harcama yetkisinin devrinin mümkün olup olmayacağı sorusunun cevabı 5018 sayılı Kanun madde 31/5’te “Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde; idareler, merkez ve merkez dışı birimler ve görev unvanları itibarıyla harcama yetkililerinin belirlenmesine, harcama yetkisinin bir üst yönetim kademesinde birleştirilmesine ve devredilmesine ilişkin usûl ve esaslar Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenir. Harcama yetkisinin devredilmesi, yetkiyi devreden idarî sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.” düzenlemesiyle verilmiştir.

İl özel idareleri ve bunlara bağlı birlik müessese ve işletmeler tarafından yapılan ihalelerde ihalelere katılmaktan yasaklama kararı, 4734 sayılı Kanun md.58 gereği İçişleri Bakanlığı tarafından verilir. Belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir. Büyükşehir belediyesi tarafından kurulmuş olan iktisadi bir işletmenin ihaleye katılmaktan yasaklama kararının büyükşehir belediyesi tarafından verilmesi idari işlemine karşı açılan davada idare mahkemesi, 4734 sayılı Kanun md.58/1’de mevcut açık hüküm gereği kararın Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından verilmesi gereğini belirterek işlemi iptal etmiştir. Bahse konu karara yapılan başvurular istinaf ve temyiz kanun yollarında da reddedilmiştir.¹⁴ İhalelere katılmaktan yasaklama kararı verme yetkisinin devredilmesi, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dikkate alındığında yasaklanan bir konu değildir. İlgili makamlar şekil şartlarına uygun olarak bu yetkiyi yetki devri esaslarına uygun olarak devredebilirler.

II. İHALELER KATILMAKTAN YASAKLAMA İŞLEMİNİN ŞEKİL UNSURU

İdari işlemin şekil unsuru, işlemin yapılış usulünü ve şeklini kapsar biçimde kullanıldığı gibi işlemin şekli ile yapılış usulünü ayrı unsurlar olarak kabul ederek inceleme yapılması da mümkündür. Şekil unsuru altında hem idarenin iradesini ortaya koyduğu araç hem de iradenin ortaya çıkma sürecinde takip edilen aşamalar bir arada incelenmektedir. Şekil unsuruyla ilgili asli (esas) kurallar; “yazılılık, gerekçe, hazırlık işlemleri, kolektif ve karma işlemlerde şekil kuralları, ilgilinin savunmasının alınması, şekil ve usulde paralellik ilkesi”¹⁵ olarak sayılmaktadır.

¹⁴ Dnş. 13. D., E. 2023/528, K. 2023/914 T. 01.03.2023. T.C. Danıştay Başkanlığı, İçtihat Raporlama ve İstatistik Birimi Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklamalara İlişkin Karar Bülteni, Bülten: 7, Aralık 2023.

¹⁵ Ramazan Çağlayan, s. 389; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik ÇALIŞMA Kitabı, Seçkin, 2022, s. 334-336.

Diğer bir tespit ise şekil; “yazılı şekil, yazılı olmayan şekil, şekilde paralellik” ve idari işlemin yapılışı sırasında uyulması gerekli aşama ve ilkelere uyulmaması olarak belirlenmiştir.

İhalelere katılmaktan yasaklama idari işleminin şekil unsuru açısından incelenmesinde öncelikle idarenin yasaklama iradesinin ortaya konma şekli üzerinde durulması gerekir. İdari işlemin şekil unsurunda öncelikli olarak ifade edilen konu idari işlemlerin yazılı olması genel kuralıdır. Anayasamızın 125/3 ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) md.7/2 gereği idari işlemlere karşı dava açma süresi işlemin yazılı bildirimiyile başlayacaktır.¹⁶ İhalede yasaklama karar iradesinin yazılı olarak yapılması gerekir. Yasaklama kararının yazılı şekilde olacağı 4734 sayılı Kanun md.58/4'te “*Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmî Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer.*” düzenlemesi mevcuttur. İhalelere katılmaktan yasaklama kararı alan 4734 sayılı Kanun md.58/1'de sayılan makamların bu iradeleri Resmî Gazetede yayımlanacaktır. Yazılılık şartı Resmî Gazete¹⁷ ile yerine getirilmiş olmaktadır. Resmî Gazetede ihalelere katılmaktan yasaklama kararının yayımlanması, tebliğ şartını yerine getirmekte aynı zamanda dava açma süresinin¹⁸ başlangıcını da oluşturmaktadır. İhalede

¹⁶ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Kaya, s. 427; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan, s. 334.

¹⁷ “Nitekim, anılan maddenin gerekçesinde, “İdareler tarafından verilen yasaklama kararlarının gecikmeye neden olunmadan işleme konulmasını sağlamak üzere yapılacak işlemler için süre belirlenerek; yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihten itibaren en geç 30 gün (sonraki değişiklikte 45 gün) içinde idarece yasaklama kararı verileceği, verilen bu kararların Resmî Gazete’de yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderileceği ve yayımı tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu itibarla, 4734 Sayılı Kanun’un 58. maddesi uyarınca yasaklama kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanmakla birlikte yürürlüğe girdiği, yasaklamanın yürürlüğe girmesi için ilgililere ayrıca tebliğ şartının aranmadığı, yasaklanmış olan kişinin başka bir ihaleye teklif sunamayacağı dikkate alındığında dava konusu işlemde hukuka aykırılık, hakkındaki ihaleye katılmaktan yasaklama kararının davacıya tebliğ edilmemesi sebebiyle davacının bilerek ve isteyerek ihaleye katılma kastının bulunmadığı gerekçesiyle verilen dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında ise hukukî isabet bulunmamaktadır.

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.” Dan. 13. D. E. 2016/604 K. 2021/603 T. 23.2.2021 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2009-2667.htm>.

¹⁸ “YASAKLAMA KARARI (Kamu Kurum ve Kuruluşlarının İhalelerine Katılmaktan Yasaklanmasına İlişkin - Resmî Gazete’de İlan Edilmek Suretiyle Tebliğ Edilen/Kararın İlan Tarihinde Öğrenildiğinin Kabulü Gerektiğinden Bu İşleme Karşı 60 Gün İçinde Doğrudan ya da 11. Md. Uyarınca İdareye Yapılan Başvuru Üzerine Dava Açılması Gerektiği)”. Dan. 13. D. E. 2009/2667 K. 2009/9386 T. 23.10.2009. Aynı yönde diğer bir karar örneği, Dan. 13. D. E. 2008/3504 K. 2009/8647 T. 25.9.2009 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2009-2667.htm>. Aynı yönde diğer kararlar için, Dan. 13. D. E. 2022/3012 K. 2022/4750, Dan. 13. D. E. 2021/3844 K. 2021/3316 Dan. Karar bülteni1.pdf.

yasaklama kararının Resmi Gazetede yayımlanmasıyla tebliğ şartının yerine getirildiğini belirten mahkeme kararlarına yazılan muhalefet serhinde ise “*Her ne kadar, anılan Kanunlarda ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanması öngörülmüş ise de, bu hükümler, idarelerin ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engelleyerek ihale işlemlerinin sekteye uğramasını önlemek amacıyla getirilmiş olup, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bireysel işlem niteliğini değiştirmemektedir. Bu hukuki çerçevede karşısında; 2577 sayılı Kanunda düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülmüş olan ilan tarihini, bireysel işlem niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarında uygulanması mümkün olmayıp; ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının, uygulanma süresi içerisinde, yazılı bildirim veya öğrenme üzerine yasal süresi içinde dava konusu edilebileceğinin kabulü gerekmektedir.*” üzerinde durulmuştur. Resmi Gazetede ihaleden yasaklama kararının yayımlanarak yürürlüğe gireceği 4734 sayılı Kanun md.58’de açık olarak ifade edilmiştir. Resmi Gazetede yayım ile yürürlüğe girmesi hem idare hem de ihaleden yasaklanan kişi açısından sonuçlar doğurmaktadır. Anayasa md.125/3’te idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinde başlayacağı, Anayasa md.40/2’de ise “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*” hükmü mevcuttur. Yazılı bildirim idare hukuku yazınında, idari işlemin ilgilisi olan kişinin işlemin içeriğinden “haberdar edilmesidir”. İşlemin içeriğinden haberdar olma ise “tebliğ, ilan ve ıttıla” ile olmaktadır. Danıştay bir kararında Anayasanın 40. Maddesinde yapılan düzenlemeyle; hakkında işlem yapılan kişiye hangi mahkemede dava açabileceğinin idare tarafından bildirilmesi gerektiğini, “idari işlemin niteliği ve hukuki sonuçlarıyla öğrenilip bilgi edinilmesinin yazılı bildirim sonuçlarını doğuracağı ve dava açma süresine başlangıç alınacağını” kabul etmiştir.¹⁹ İlgilinin aleyhine olan bireysel işlemler, ilgiliye tebliğ yoluyla yürürlüğe girecektir. İlgililerin çok sayıda olması durumunda ise istisnai bir uygulama olarak yayın usulünün kullanılması söz konusudur. Sınav sonuçlarının tebliğ ile değil “ilan” ile duyurulması istisna durum için örnek olarak verilebilir.²⁰ İhalelere katılmaktan yasaklama kararının ilgilinin aleyhine bir idari işlem olması ve Anayasa md.40 gereği başvuru yollarının kararda bildirilme zorunluluğu göz önüne alındığında bu kararın tebliği yoluyla ilgisine bildirim gerekliliği ağır basmaktadır. Pozitif hukuk olarak 4734 sayılı Kanun md 58/4’te ihalelere katılmaktan yasaklama kararının yürürlüğü ile ilgili “... Resmî Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve ya-

¹⁹ Atay, s. 572.

²⁰ Gözler, s. 1169.

yımı tarihinde yürürlüğe girer.” düzenlenmesinin Anayasa md.125/3 ve md.40/2 karşısındaki durumu tartışmalı hale gelmektedir.

İdari işlemlerin yazılı olması pozitif hukukta özel olarak düzenlenebilir. İdari işlemin yazılı olması yanında bu yazılılığın nasıl somutlaşacağı ya da içeriğin ne olacağı da mevzuatla belirlenebilmektedir. “Pasaport ya da diploma” örneklerinde olduğu üzere idari işlem, önceden belirlenmiş bir yazılı şekil ile somutlaşabilir.²¹ Resmî Gazetede yayımlanacak ihalelere katılmaktan yasaklama kararının içeriğinde nelerin olması gerektiği de yazılılık şartı içinde incelenmesi gereken bir konudur. Yazılı kararın içeriği ve doldurulmasında dikkat edilecek hususlar, Kamu İhale Genel Tebliği md.28.1.3'te²² açıklanmıştır. İhalelere katılmaktan yasaklama idari işleminin şekil unsurundaki yazılılık, Resmî Gazetede yayım ile somutlaşırken bu yazılı kalıbın neleri içereceği ise idarenin “Tebliğ” adı altında yaptığı düzenlemeyle açık hale gelmektedir. İhalelere katılmaktan yasaklama idari işleminde şekil açısından hukuka aykırılık ise işlemin yazılı yapılmaması durumunda ortaya çıkar. 4734 sayılı Kanun md.58'de açık olarak Resmî Gazetede yayım şartını düzenlemiştir. İşlemin sözlü olarak yapılması durumunda ise 4734 sayılı kanunda sözlü yapılmasıyla ilgili istisnai şartlar belirtilmediği göz önüne alındığında sözlü yasaklama kararının yokluğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu duruma idare hukuku yazınında, Resmî Gazetede yayımlanan yasaklama kararının, “Tebliğ” ile belirlenen içeriği yanlış ya da hatalı ise yasaklama işleminin hukuka uygunluğu, “esaslı

²¹ Akyılmaz/Murat Sezginer/Kaya, s. 428.

²² 28.1.3. İhalelere katılmaktan yasaklama kararı formunu doldururken dikkat edilecek hususlar a) İstisna kapsamında yapılan ihaleler dahil 4734 sayılı Kanun uyarınca verilen yasaklama kararları ile 4735 sayılı Kanun uyarınca verilen yasaklama kararlarında İhale Kayıt Numarası yazılacak, İhale Kayıt Numarası almayı gerektirmeyen ihalelerde, bu bölüme “İhale Kayıt Numarası alınmamıştır” ibaresi konulacaktır. b) Yasaklama kararı veren bakanlık/kurum bölümüne, yasaklama kararını veren bakanlık veya 4734 sayılı Kanunun 58 inci ve 4735 sayılı Kanunun 26'ncı maddelerinde belirtilen herhangi bir bakanlıkla ilgili veya bağlı bulunmayan ve Kanun kapsamında olan kurum ve kuruluşların adı yazılacaktır. c) Yasaklanan kişinin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre, gerçek kişiyse adı ve soyadı, tüzel kişiyse vergi kimlik numarası ve ticaret siciline kayıtlı ticaret unvanı kısaltma yapılmadan yazılacaktır. ç) T.C. Kimlik Numarası bölümü yasaklanan kişinin gerçek kişi olması halinde doldurulacaktır. d) Ortak veya ortaklıklara ilişkin bölüm, 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin ikinci fıkrası ile 4735 sayılı Kanunun 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında sayılan ortak ve/veya ortaklıkların bulunması halinde doldurulacaktır. e) Yasaklananın herhangi bir ticaret odasına veya esnaf odasına kayıtlı olmaması halinde, bu kısımda, kayıtlı olmadığı hususu belirtilecektir. f) Yasaklama süresi ay ya da yıl olarak yazılacaktır. g) Yasaklamanın dayanağı ve kapsamı bölümünde, hangi Kanuna göre yasaklama işlemi gerçekleştirilecekse o kısmın içindeki kutu işaretlenecektir. İstisna kapsamındaki ihalelerde 4734 sayılı Kanunun 3'üncü maddesi uyarınca yasaklamalar bu Kanunda belirtilen usullere göre yapılacaktır. İstisna kapsamında yapılan ihaleler dahil 4734 sayılı Kanuna göre yapılan yasaklamalar ile 4735 sayılı Kanuna göre yapılan yasaklamalar tüm ihaleler için geçerli olacaktır. 2886 sayılı Kanuna veya diğer mevzuata göre yasaklamalarda ise yasaklama kapsamı farklı olabileceğinden ilgili kutular işaretlenecektir. ğ) Kurumun internet sayfasında yer alan yasaklama kararı formunun çıktısı alınıp doldurularak yayımlanmak üzere Resmî Gazeteye gönderilecektir. <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=13354&mevzuatTur=Tebliğ&mevzuatTertip=5>.

biçim eksiklikleri”nin olup olmadığı tespitiyle cevap verilmektedir. İdari işlemin yapıldığı usul ve şekil ile geri alınması, kaldırılması ve değiştirilmesini içeren usul ve şekil paralelliği” ilkesinin uygulaması bu konu için mutlak değildir. Yazılı işlemin içeriğindeki “maddi hatalar” işlemin iptali sonucunu doğurmamaktadır, bu tür hatalar “düzeltme işlemi” ile ortadan kaldırılabilir. Burada düzeltme işleminin geçmişe etkili olduğu ve asıl işlemin yapıldığı usulün takibi zorunludur. Danıştay, kararlarında Resmî Gazetede yayımlanan idari işlemdeki yazım hatalarının işlemin ilgisine tebliği sırasında düzeltilebileceğini ve düzeltilmiş işlemin, Resmî Gazetede tekrar yayımlanmasına gerek olmadığına karar vermiştir.²³ İdari işlemin şekil unsurunda hukuka aykırılığın derecesi, “esas etkileyen” ve “esas etkilemeyen” ayrımıyla yapılmaktadır. Bu ayrım teoride mutlak olarak yapılmamış olsa da idari işlemin ilgisinin “lehine olan” ve sonucu etkileyen sakatlıklar esas etkileyen, yapılması mevzuat açısından zorunlu olmayan ve işlemin sonucunu etkilemeyen sakatlıklar ise esas etkilemeyen olarak kabul edilmektedir. İşlemin şekil unsurunda “yazı ve dizgi” gibi maddi hatalar esas etkilemeyen sakatlıklar olarak kabul edilmektedir. Esas etkilemeyen sakatlıkların ise sonradan düzeltilebileceği ve işlemin sakat olmasının bu şekilde ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Buna ek olarak mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıkta şekil unsurundaki sakatlığın esaslı olup olmamasını, “somut olayın” özelliğini dikkate alarak değerlendirmeleri gerekmektedir.²⁴ Şekil unsurundaki “ağır hukuka aykırılıklar” yokluk kararı ile karşılanmaktadır. Resmî Gazetede yayımlanması gerekirken yayımlanmamış yönetmelik hakkında Danıştay yokluk kararı vermiştir.²⁵ Oysa yukarıda da belirtildiği üzere uygulamada Resmî Gazetede yayımlanan ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin ayrıca ilgiliye tebliği kamu ihale hukuku uygulamasında söz konusu değildir. Bu durumda yazım yanlışlarının düzeltilmesinin idarenin kendi yapacağı bir düzeltmeyi işlemin ilgisine tebliğ ile değil de yine Resmî Gazetede düzeltilmiş işlemin yayımlanması yoluyla olması “usul ve şekil paralelliği ilkesi” gereğidir. Kamu İhale Tebliği ile yapılan düzenlemeyle, Resmî Gazetede yayımlanan ihalelere katılmaktan yasaklama kararının neleri içereceği belirlenmiştir. Bu, idarenin işlemi eksiksiz olarak somutlaştırması için yine idare tarafından yapılan bir düzenlemedir. 4734 sayılı Kanunda, Resmî Gazetede yayımlanacak işlemin şekil içeriğiyle ilgili bir düzenleme söz konusu değildir. Esas etkileyen ve etkilemeyen ölçütüyle bakıldığında, Tebliğin talep ettiği konulardaki sakatlıklar, esas etkilemeyen maddi hata olarak kabul edilecek ve düzeltme ile işlem yenilenecektir.

²³ DDDK, E. 1979/276, K. 1980/390, 11.07.1980. Onur Karahanoğulları, s. 414-415.

²⁴ E. Ethem Atay, s. 545; Akyılmaz/Murat Sezginer/Kaya, s. 440-444.

²⁵ Güher Ulu, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 19 Sayı: 38 Yaz 2020/2, s. 86, [chrome-extension://efaidnbnmnnpcajpcgclcfndmkaj/https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1288913](https://efaidnbnmnnpcajpcgclcfndmkaj/https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1288913).

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin şekil unsurunda incelenecek diğer konu ise işlemin somutlaşması aşamasında takip edilecek usuldür. 4734 sayılı Kanun md.58’de usul ile ilgili düzenlemeler, “*Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer...*”

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.” şeklindedir. Kamu İhale Tebliğinde yasaklama kararının verilmesinde usul açıklanırken “Yasaklama kararının verilmesi gereken sürenin başlangıcı”²⁶ ve “yasaklamaya ilişkin sürenin hukuki niteliği”²⁷ konu-

26 “28.1.4. Yasaklama kararının verilmesi gereken sürenin başlangıcı

28.1.4.1. 4734 sayılı Kanunun 58 ve 4735 sayılı Kanunun 26 ncı maddelerinde; yasaklama kararlarının ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve (Değişik ibare: 16/03/2019-30716 R.G./10. md.) bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verileceği, ihaleyi yapan idarelerin, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlü oldukları, yasaklama kararlarının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilmesi gerektiği hükümleri yer almaktadır.

28.1.4.2 İhaleye veya sözleşmenin uygulanmasına ilişkin işlemleri gerçekleştiren birimler tarafından, yasaklamayı gerektiren bir fiil veya davranışın tespiti halinde bu hususun idarenin yetkili makamına bildirilmesi ve bu çerçevede yetkili makam tarafından da bağlı, ilgili veya ilişkili bulunulan bakanlığa bildirimde bulunulması gerekmektedir. Söz konusu maddelerde geçen kırk beş günlük sürenin başlangıcı olarak, idarenin, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihin esas alınması gerekecektir.”

27 “28.1.5. Yasaklamaya ilişkin sürenin hukuki niteliği

28.1.5.1. 4734 sayılı Kanunun “Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu” başlıklı Dördüncü Bölümünde yer alan “İhalelere katılmaktan yasaklama” kenar başlıklı 58 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında; “Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer” hükmü yer almıştır. Söz konusu madde hükmünde “en geç” şeklinde ifade edilen sürelerle ilgili olarak uygulamada tereddütler olduğu görüldüğünden aşağıdaki hususların açıklanmasına ihtiyaç duyulmuştur. 28.1.5.1.1 4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin gerekçesinde ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bağlı veya ilgili bulunulan bakanlıklar tarafından verildiği durumlarda, taşradaki ihalelere ilişkin yazışma ve karar verme sürecinin uzunluğu ve gecikmeler nedeniyle sürenin dolması halinde ceza verilemeyeceği göz önünde bulundurularak azami otuz günlük sürenin kırk beş güne çıkarıldığı belirtilmiştir.

28.1.5.1.2. Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin sözü edilen gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 58 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan sürelerin disiplin niteliği aşan ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre idarenin, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa ulaştığı tarihi izleyen en geç 45 günlük süre içinde yasaklama kararı verilmesi zorunlu olmaktadır. Bu süre geçirildikten sonra yasaklama kararı verilmesi mümkün bulunmamaktadır.

28.1.5.1.3. Yasaklama işlemlerinin süresinde tamamlanarak yürürlüğe girmemesi halinde ilgili ve görevli kamu görevlileri hakkında disiplin ve ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanabilecektir.”

su özel olarak düzenlenmiştir. Yasaklama kararının verilebileceği 45 günlük sürenin başlangıcı, yasaklama kararı vermek yetkisine sahip makama talebin ulaşması olarak kabul edilmektedir. Yasaklama kararının verilmesi gereken 45 günlük süre, idarenin iç düzeni ile ilgili düzenleyici bir süre midir, yoksa sınırlandırıcı bir süre midir sorusu sürenin sınırlandırıcı olduğu ve süre aşımı halinde yetkili makamın yasaklama kararı veremeyeceği şeklinde cevaplanmaktadır. Danıştay kararlarında da bu süre hak düşürücü süre²⁸ olarak kabul edilmektedir. Kamu İhale Tebliği md.28.1.5.1.2'de de aynı kabul söz konusudur.²⁹ Yasaklama kararının verilmesi gereken sürenin uyuşmazlık konusu olduğu davalarda Danıştay, ihaleyi gerçekleştiren idari birimin yasaklama kararının verilmesi gerekli durumla ilgili dosyayı hazırlayıp, dosyanın yasaklama kararı vermeye yetkili makama sunulmasıyla 45 günlük sürenin başlayacağını vurgulamaktadır. Bunun yanında Danıştay, karar vermeye yetkili makam, yasaklama talepli dosyanın kendisine ulaşmasından sonra ayrıca bir inceleme başlatmışsa bu incelemenin tamamlanmasından ve raporun yetkili makama sunumundan sonra 45 günlük sürenin başlayacağını³⁰ belirtmektedir. 4734 sayılı Kanun md.58'de düzen-

²⁸ "4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin, 30/07/2003 tarih ve 4964 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle değiştirilmeden önceki halinde, yasaklama kararlarının yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen otuz gün içerisinde verilmesi gerekmekte iken, anılan Kanun değişikliğiyle bu süre kırk beş güne çıkarılmıştır. 4964 sayılı Kanun'un 35. maddesinin gerekçesinde, "Katılmaktan yasaklama kararlarının bağlı veya ilgili bulunulan bakanlıklar tarafından verildiği durumlarda, taşradaki ihalelere ilişkin yazışma ve karar verme sürecinin uzunluğu ve gecikmeler nedeniyle sürenin dolması halinde ceza verilemeyeceği göz önünde bulundurularak azami otuz günlük süre kırkbeş güne çıkarılmaktadır." ifadelerine yer verilmiştir.

Anılan Kanun değişikliğinin amacıyla birlikte değerlendirilmesinden, yasama organınca, kırk beş günlük yasaklama süresinin hak düşürücü nitelikte süre olarak belirlendiği, başka bir anlatımla, anılan süre içerisinde yasaklama kararının verilmemesi halinde ihaleden yasaklama kararı verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır." Dan. 13. D. E. 2015/2398 K. 2021/138, 19.01.2021. Aynı yönde diğer bir karar için Dan. 13. D. E. 2015/1039 K. 2021/1071, 24.03.2021. <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/yasaklamalara-iliskin-uyusmazliklar2022-787.pdf> (danistay.gov.tr).

²⁹ Eren Toprak, Kamu İhale Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, 2022, s. 520-521.

³⁰ "İhaleyi gerçekleştiren idareler tarafından yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışta bulunanlar hakkında gerekli inceleme yapıp hazırlanan dosyanın yasaklama kararını verecek bakanlığa bildirildiği tarihte ilgili bakanlığa kendisine yapılan bildirim üzerine ayrıca bir inceleme, araştırma yapılmadan yasaklama kararının verildiği durumlarda, Kanun'da öngörülen kırk beş günlük hak düşürücü sürenin ihaleyi gerçekleştiren idarenin bildirimimin bakanlığa ulaştığı tarihten başlayacağı açıktır. Ancak, kendilerine yapılan bildirim üzerine yasaklama kararını verecek ilgili veya bağlı bakanlık tarafından ayrıca bir inceleme yapıldığı takdirde bu inceleme sonucunda düzenlenen raporun Bakanlık adına yasaklama kararı vermeye yetkili makama sunulduğu tarihte söz konusu kırk beş günlük hak düşürücü sürenin başlatılması gerekmektedir. Orman Genel Müdürlüğü'nce davacının Kanun'da belirtilen yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışta bulunduğu bahisle yasaklama kararının verilmesi için durumun ... tarih ve ... sayılı yazıyla davalı Tarım ve Orman Bakanlığı'na (Mülga Orman ve Su İşleri Bakanlığı) bildirildiği, davalı Bakanlık'ça Orman Genel Müdürlüğü'nün teklifi doğrultusunda ayrıca bir inceleme yapılmadan 10/03/2014 tarihli Bakan oluru'yla yasaklama kararının verildiği anlaşılmaktadır.

Bu duruma göre 15/01/2014 tarihinde Bakanlığa yapılan bildirim üzerine ayrıca bir inceleme yapılmadan yasaklama kararının verilmiş olması nedeniyle, 15/01/2014 tarihinden itibaren Kanun'da öngörülen kırk beş günlük hak düşürücü süre geçirildikten sonra 10/03/2014 tarihinde verilen yasaklama kararında hukuka uygunluk bulunmadığından davanın reddi yönündeki İda-

lenen 45 günlük süre idarenin iç işleyişiyle ilgili bir süre değildir. Birey ile idare arasındaki kamu ihalesinden kaynaklı ilişkide belirliliği sağlamak ve idare karşısında yer alan gerçek ve tüzel kişiler açısından hukuki güvenliğin temini amaçlanmıştır. Bu nedenle sürenin geçirilmesi durumunda idare açısından yasaklama kararının verilememesi sonucunu doğurmaktadır. Kamu ihalesi sürecinde 4734 sayılı Kanun md.58 ile tespit edilen 45 günlük sürenin başlangıcı, mevzuat ve yargı kararlarında ihaleyi yapan idarenin yasaklılık halini tespit ederek dosyayı hazırlayıp, karar vermeye yetkili makama iletilmesiyle başlayacağı mutlaktır. Bununla birlikte, yasaklanmayı gerektirecek durumun ihaleyi yapan idare tarafından tespiti ve yasaklama kararı verecek yetkili makama sunulacak dosyanın hazırlanması için bir süre öngörülmüştür. Bunun da düzenli idare ilkesi çerçevesinde makul bir süre içinde tamamlanacağına öngörüldüğü kabul edilmelidir. Bu sürenin bir iç düzen işlemi olduğu varsayımıyla idare tarafından düzenlenmesi gereği de düşünülmelidir. Diğer yandan ihaleyi yapan idarenin, yasaklama kararı verecek makama sunacağı dosyanın hazırlık süresinin uzaması ise hukuki güvenlik ve belirlilik açısından sorun oluşturacaktır.

III. İHALELER KATILMAKTAN YASAKLAMA İŞLEMİNİN SEBEP UNSURU

Devletin varlık sebebi kamu hizmetlerinin ifasıdır. Devlet işlemlerinin hukukiliği, kamu yararına yönelmiş olmasıyla mümkündür. Kişi, kendi yarar ve zararını düşünerek hukuki ilişkilere girmektedir. Oysa kamu hukukunda idare, kamu adına harekete geçip onu temsil etmektedir. İdarenin işlemlerinin hukuka uygun olması, işlemlerin idareye tanınan yetki alanı içinde bulunması, diğer bir ifadeyle objektif hukukun bu alanı önceden tanımlaması, dayanılacak sebepleri belirlemesiyle hukuken geçerli olur.³¹ Kişilerin bireysel açıdan maddi ve manevi çıkarlarının karşılanması özel hukuk ilişkisinin sebebini oluşturmaktadır. Sebep ise karşımıza “ekonomik ya da ticari” şekilde çıkar. Özel hukuk zemininde esas, işlemin, taraflar açısından sonuçlar doğurmasıdır. Bu sebeple “Kanun koyucu” özel hukuk çerçevesindeki işlemlerin sebebini düzenleme konusunda bir çaba içine girmez. Kanun koyucu, özel hukuk alanındaki işlemlerde kamu düzeni açısından bir tehdit öngördüğünde bu alanda düzenleme yapmak ihtiyacını hisseder. Buna karşılık idare hukukunda idare ile birey arasındaki ilişkiler, kamu yararının daha önceden tanımlanması dolayısıyla kurala tabidir. Bu kuralsallık idarenin “hangi maddi ya da hukuki” durumda nasıl bir davranış göstereceğinin önceden tanımlanmasını gerektirir. İdare, yasa koyucunun tanımladığı durumlar

re Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” Dan. 13. D. E. 2015/2398 K. 2021/138, 19.01.2021. <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBültenleri/yasaklamalara-iliskin-uyus-mazliklar2022-787.pdf> (danistay.gov.tr).

³¹ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, İstanbul, 1966, s. 281, 282.

dışında herhangi bir hukuksal sonuç doğuran işlemler yapamaz.³² “İdari işlemin sebebi, idareyi işlem yapmaya yönelten saiklerdir.” Hukuki ya da maddi bir olay veya bir mevzuat hükmü, saik olarak ortaya çıkar. Danıştay, kararlarında idari işlemin gerçek ve hukuka uygun bir sebep ya da sebeplere dayalı olması gerektiğini ifade etmektedir. Sebebin gerçek olması ise varlığının usule uygun olarak yapılan tespitlerle ortaya konması, hukuka uygun olması ise işlemin sebebinin kanunda öngörülmüş olmasıdır. İdari işlemdeki varlık şartının yokluğu, “işlemin yokluğu ve hiç doğmadığı sonucunu ortaya çıkarır ve böyle bir işlem hukuka uygun hale getirilemez ya da hukuki dayanak olarak kullanılamaz”.³³ Sebep, iç hukuka uygunluk, gerekçe ise dış hukuka uygunluk olarak tanımlanmaktadır. İdareyi bir işlem yapmaya yönelten maddi ya da hukuki durumlar sebep olarak kabul edilmektedir.³⁴ Danıştay kararında sebep, işlemi yapan idarenin kendi düşüncesiyle ya da tercihiyle ortaya koyacağı bir durum olmadığı, bu nedenle de “nesnel bir nitelik” taşıdığı, nesnellüğün, hukuka uygunluğun tespitinde önemli olduğu ve hukuk devleti anlayışını gerçekleştirdiği vurgulanmıştır.³⁵

İdare hukukumuzda sebep unsurunda üç durum mevcuttur. Bunlardan birincisi, işlemin sebebinin objektif olarak belirlenmiş olması, kanunda tespit edilmiş olmasıdır. İkinci durumda sebep objektif hukuk ile tespit edilmemiş olsa da idare işlemine bir sebep göstermek yükümlülüğü altındadır. Üçüncü durum ise idare, işlemlerine bir sebep göstermek yükümlülüğü altında değildir. Bu halde işlem “sübjektif” niteliğe bürünmüş, idarenin takdiri öne çıkmıştır.³⁶ İdari işlemin dayanacağı sebep, işlemden önce kanunda açıkça düzenlenebilir, sebep kanunda “genel kavramlar” ile belirtilebilir ya da idari işlemin dayanacağı sebep kanunda belirtilmemiş idareye sebebin tespiti açısından “değerlendirme marjı” tanınmış olabilir.³⁷

Sebebin kanunda açık olarak gösterildiği durumlarda idare, bu sebeplere kamu yararını öne sürerek farklı sebepler de ekleyemez.³⁸ İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin sebep unsurları 4734 sayılı Kanun md.17’de³⁹ sayma yo-

³² E. Ethem Atay, s. 546.

³³ Dan 7. D. E. 2007/695, K. 2007/4612, 08.11.2007; Akyılmaz/Murat Sezginer/Kaya, s. 447, 448.

³⁴ Bahtiyar Akyılmaz, “İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü” Prof. Dr. Şeref GÖZÜBÜYÜK’e Armağan, Ankara, 2005, s. 18.

³⁵ Mehmet Emin Akgül, Hukuk Devletinde Devlet İşlemlerinin Gerekçesi, Ankara, 2023, s. 133-134.

³⁶ Sıddık Sami Onar, s. 293-298.

³⁷ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, Bursa, 2019, s. 1010-1013.

³⁸ Onur Karahanoğulları, s. 454.

³⁹ “**Yasak fiil veya davranışlar**

Madde 17- İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

luyla belirlenmiştir. Bu maddedeki düzenlemeye ek olarak 4734 sayılı Kanun md.58/1'de üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmamak ve md.61'de⁴⁰ düzenlenen bilgi ve belgeleri açıklama yasağına uymamak, ihaleye katılmaktan yasaklama kararının kanunda açık olarak ifade edilen sebepleridir. İdarenin yapacağı düzenlemelerle, 4734 sayılı Kanunun belirtilen maddelerinde ifade edilenlerin dışında bir sebep belirleyip, bunun gerçekleşmesi durumunda ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermesi hukuka aykırıdır. Danıştay kararında yasaklama kararının uygulanabilmesi için kanunilik ilkesinin dikkate alınmasının gerektiği, 4734 sayılı Kanun md.17'de belirtilen sebeplerin dışında genişletici yoruma ya da farklı bir sebebe dayanılmayacağını belirtmektedir. Hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkesi gereği hangi eylemlerin yasak olduğu ve yasak olan eylemlere verilecek cezaların önceden açık ve anlaşılır biçimde belirlenmiş olması esastır.⁴¹ İhalelere katılmaktan yasaklama kararının verilmesine dayanak sebeplerin, kanunda belirtilenin dışında idare tarafından genişletilmesi ya da yeni bir sebebin kamu yararı düşüncesiyle eklenmesi, yasaklama işleminin sebep unsurunun hukuka aykırı olması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu çerçevede idareye tanınmış bir takdir alanı mevcut değildir. İhalelere

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır".

⁴⁰ "Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı

Madde 61- (Değişik: 30/7/2003-4964/37 md.)

Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır".

⁴¹ "Ancak, dava konusu Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Elektronik ihale" başlıklı 60/A maddesinin onuncu fıkrasının son cümlesi ile 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 Sayılı Kurul kararında, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinin 21. maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak elektronik ortamda alınmayan geçici teminat mektubunu (asıllarını) idarenin talebi üzerine sunmayan istekliler hakkında, Kanun'un 17. maddesi uyarınca işlem tesis edilmesi öngörülmüştür. Böylece, dava konusu Yönetmelik kuralı ve Kurul kararı ile anılan fiil, ihale kararını etkileyip etkilemediğine ilişkin ihaleyi gerçekleştiren idarelere niteleme imkânı tanınmaksızın ve somut olayın koşulları ve mâkûl bir sebebi bulunup bulunmadığından bağımsız olarak mutlak bir yasaklama sebebi olarak düzenlenmiş, dava konusu düzenleyici idarî işlemler ile ihalelerden yasaklamaya ilişkin fiil ve davranışları belirleyen Kanun hükmünün kapsamı ve çerçevesi genişletilmiştir. Bu itibarla, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Elektronik ihale" başlıklı 60/A maddesinin onuncu fıkrasının son cümlesi ile 22/07/2020 tarih ve 2020/DK.D-222 Sayılı Kurul kararında, ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımına ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yer alan açık düzenlemelerden farklı yeni bir durum belirlendiği ve düzenleyici işlemlerin Kanun'u aşan nitelikte kurallar içerdiği anlaşıldığından, dava konusu Yönetmelik kuralı ve Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Dan. 13. D. E. 2020/3648 K. 2023/4255 T. 23.10.2023. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2020-3648.htm>.

katılmaktan yasaklama kararını, 4734 sayılı Kanun ilgili maddelerine uygun olarak yetkili organlar verecektir, bağlı yetki söz konusudur. Bununla birlikte 4734 sayılı Kanunda sayılan sebeplerin varlığının tespitinde olgu, bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi idareye bir alan yaratır mı sorusu da ortadadır.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin dayanacağı sebeplerden ilki 4734 sayılı Kanun md.17/a'da "Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek." şeklinde tespit edilmiştir. 4734 sayılı Kanunun md.1⁴² gereği bu kanundaki düzenlemeler kamu kurum ve kuruluşlarının düzenleyeceği ihalelerde uygulanacak esasları düzenlemektedir. Kanun koyucu, ihaleye fesat karıştırmak ya da buna teşebbüs etme fiilini oluşturacak eylemleri saymış⁴³ bunun yanında "veya başka yollarla" diyerek sayılanların dışında benzer eylemleri bu şekilde nitelemekle ilgili bir alanın varlığını da kabul etmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) md.235'te⁴⁴ Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar bölüm başlığı altında İhaleye fesat karıştırmaya suç⁴⁵ düzenlenmiş ve hangi eylemlerin ihaleye fesat karıştırmaya suçunu oluşturacağını saymıştır. İhaleye fesat karıştırmaya suçunu oluşturan dört eylem tanımlanmıştır. Bu eylemlerden ilki olan "Hileli davranışlar" ise ayrıca dört eylem şeklinde somutlaştırılmıştır. Hile

⁴² "Amaç

Madde 1- Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir."

⁴³ Kerem Cambazoğlu, İhalelere Katılma Yasağı, Kabul Edilmiş Doktora Tezi, (Tez Danışmanı. M. Ayhan TEKİNSOY), Ankara, 2017, s. 173-174.

⁴⁴ "İhaleye fesat karıştırmaya

Madde 235- (1) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.

b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.

c) Cebir veya tehdit kullanma suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları".

⁴⁵ İhaleye fesat karıştırmaya suç ile ilgili olarak geniş bir çalışma olarak künyesi verilen çalışma ayrıca incelenebilir. Vedat Dilberoğlu, İhaleye Fesat Karıştırmaya Suçu, Ankara, 2018.

kavramının içeriği ile ilgili olarak 5237 sayılı TCK'da bir tanım ya da açıklama mevcut değildir. Bunun yanında "Hile" bir kimsenin davranışları ve sözleriyle, diğer kimseyi bir irade beyanı veya bir sözleşme yapmaya yöneltmek için yanlış bir fikrin oluşmasına ya da bu yanlış fikrin devam etmesine bilerek sebep olması şeklinde tanımlanmaktadır. Yargıtay da kararlarında bu tanımı⁴⁶ benimsemektedir. Ceza hukuku doktrininde hileli davranışın temel olarak kabul edildiği suç tipi "Dolandırıcılık" suçudur (TCK md.157).⁴⁷ Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için hileli davranışın gerçekleştirilmiş olması aranan şartlardan birisidir. Hilenin "vakiyla ilgili olması ve bu vakiyla ilgili olarak kişinin yanılıya sevk edildiği" durumlarda hile söz konusudur. Olmayan bir durumu varmış gibi sunmak, mevcut bir olayı gizlemek ve buna eklemeler yaparak değiştirmek dolayısıyla gerçeğe aykırı açıklamalar ile kişilerin aldatılması hile olarak kabul edilmektedir. Hilenin konusunu oluşturan olayın ise insanın duyu yoluyla algılayabileceği, yaşam tecrübesine dayalı olarak kontrol edebildiği, ispata uygun olan durum şeklinde kabulü gerekir. Kişinin diğer kişiyi ikna için olayla ilgili yaptığı açıklamalar ya da ileriye yönelik öngörü açıklamaları da hile kapsamında değerlendirilebilir.⁴⁸ Medeni hukukta hile ya da aldatma, "bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten yanlış bir kanaat uyandırma veya esasen mevcut olan yanlış kanaati koruma ya da sürdürme fiili" olarak tanımlanmıştır.⁴⁹ Bir kişinin diğer bir kişiyi sözleşme yapmaya yöneltmek için gerçek durumun dışında bir görüş ve düşünceyi ileri sürerek bir "fikir yaratması" ve bu durumu devam ettirmesi aldatma ya da hilenin diğer bir tanımı olarak verilmektedir.⁵⁰ 5237 sayılı TCK md.235'te hileli davranışlar sayılarak belirlenmiştir. Hileli davranışlar, "kendi içinde seçimlik ve bağlı hareketli davranışlardan olmaktadır." Seçimlik hareketler, zaman açısından "birkaçı birlikte yapıldığında" dahi tek suç işlenmiş olmaktadır. TCK açısından md.235'teki normatif eksiklikler uygulamada konunun sınırlarını belirleyen ve kapsamını ortaya koyan ihale mevzuatına başvurularak giderilebilir.⁵¹ TCK md.235(2)(c) fıkrasında geçen hukuka aykırı diğer davranışların nitelendirilmesinde ihalede yasak fiil ve davranışların düzen-

⁴⁶ "HİLE (Genel Olarak Bir Kimseyi İrade Beyanında Bulunmaya Özellikle Sözleşme Yapmaya Sevk etmek İçin Onda Kasten Hatalı Bir Kanı Uyandırmak Olduğu)", T.C. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi E. 2004/11093, K. 2004/11916, T. 25.10.2004. T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi E. 2006/10845, K. 2006/13283, 16.11.2006.

⁴⁷ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023, s. 957.

⁴⁸ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023, s. 792-794.

⁴⁹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, 2020, s. 447.

⁵⁰ Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021, s. 350.

⁵¹ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara, 2016, s. 414, 415; Vedat Dilberoğlu, s. 131-134.

lendiği 4734 sayılı Kanun md.17'den faydalanabileceği belirtilmektedir.⁵² Buradan hareketle ceza hukuku açısından ihaleye fesat karıştırma suçunda; “Hile” kavramının içeriğinin belirlenmesinde, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesindeki suç ve cezayı düzenleyen kanun olarak karşımıza çıkan 5237 sayılı TCK ile birlikte “hukuka aykırı diğer davranışlar” kapsamında ihaleyi düzenleyen 4734 sayılı Kanunun da kullanımı olanaklı hale gelmektedir.

4734 sayılı Kanun, kamu hukukuna tabi, kamu kaynağı kullanan ve kamu denetimi altında bulunan kurum ve kuruluşların ihalelerinde kullanacakları esasları düzenlemektedir. 4734 sayılı Kanun md.17/a)'da sebepler, “*Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek*” şeklinde sayma yoluyla belirlenmiştir. Bu eylemlerin tanımlanmasında ya da kapsamının belirlenmesinde büyük bir sorun yaşanmadığı değerlendirilmektedir. İrtikâp ve rüşvet eylemlerinin tanımlanmasında ise ceza hukuku tarafından yapılan tespitler idare açısından belirleyici olacaktır.⁵³ Ancak “başka yollarla” ifadesiyle genel şekilde belirtilen sebeplerin içeriğinin doldurulması gereklidir. İdari işlem teorisinde “sebebin belirsiz kavramlarla” ifadesi söz konusu olduğunda idare bu kavramın içeriğini doldururken, kendi düşüncesine göre değil olayla ilgili toplumda istikrar kazanmış düşüncelere ve önceki uygulamalara göre bir tespit yapmalıdır.⁵⁴ İdarenin bu çerçevede göstereceği olay ya da durumun, 4734 sayılı Kanun md.17/a) kapsamında sayılanların oluşturduğu bütün dikkate alınarak niteliği itibarıyla kabul edilebilir olması gerekir.⁵⁵ İdareye verilen takdir yetkisinin, işlemde umulan amacı gerçekleştirecek şekilde kullanılması gerekmektedir. Buradaki takdir yetkisinin geniş olduğu düşünülebilir. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen temel ilkelerin⁵⁶ ihale sürecinde gerçekleştirilmesi için kanunda belirtilmemiş ihaleye fesat karıştırma eylemlerinin de yaptırım ile karşılanması gerekir. “Başka yollarla”⁵⁷ ibaresi, idare için bu hareket sahasını kar-

⁵² Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023, s. 963, 964.

⁵³ Begüm İsbir, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Ankara, 2011, s. 47, 48.

⁵⁴ E. Ethem Atay, s. 550.

⁵⁵ Kemal Gözler, s. 1011.

⁵⁶ “**Temel ilkeler**

Madde 5- İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur”.

⁵⁷ “... İdare Mahkemesi'nin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dava konusu istem: Davacı şirketin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 02/05/2013 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan işlemin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

şılmaktadır. Kanuni idare ilkesi zemininde hareket eden idarenin de bu takdir hakkını kanunun amacını somutlaştıracak şekilde kullanması beklenir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin ikinci sebebi 4734 sayılı Kanun md.17/1-b'de "*İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.*" şeklinde ifade edilmiştir. Burada bahsi geçen fiiller iki gruba ayrılabilir. Bunlardan ilki serbest rekabeti bozan fiillerdir. İkinci grupta ise idarenin ihale aşamalarını ve kararlarını etkileyecek fiillerdir. Teklif zarfında aynı iş için biri bedel belirten diğeri de bedel belirtmeyen "imzalı ve kaşeli" iki adet teklif mektubunun yer alması, Danıştay tarafından ihale kararını etkileyecek fiil olarak kabul edilmiştir.⁵⁸ İradı olan ve önceden kararlaştı-

lık Derece Mahkemesi kararında... Dosyadaki tüm bilgi ve belgeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ihale edilip tamamlanmayan bir işin tekraren kalan kısımları yönünden ihalesinin gerçekleştirildiği, önceki ihale işini tamamlamayan ve bu nedenle hakkında yasaklılık kararı bulunan firma adına davacı şirket temsilcilerinin ihale günü idarenin bulunduğu binaya giriş yaptıkları, ihale saatinden çok önce binaya davacı şirket temsilcilerinin giriş yaptığı ve ihaleye katılmak üzere binaya giriş yapan diğer firma temsilcileri ile görüşmeler yaptıklarının kamera kayıtları ile sabit olduğu, binaya, ihaleye katılmak için gelen beş firmanın bu görüşmeler sonrasında ihaleye katılmadıkları, öte yandan davacı şirketin ihale dışı bırakılması ve ihalenin iptali üzerine Kamu İhale Kurulu'na davacı şirketin yaptığı itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin kararda, ihalenin yapıldığı yerde gerçekleşen olaylar ve ile ilgili idarenin güvenlik birimince düzenlenen tutanak dikkate alındığında ihalenin iptalinin yerinde olduğu şeklinde bir değerlendirmeye yer verildiği, davacı şirketin eyleminin 4734 sayılı Kanunun 17. maddesinin (a) bendinde belirtilen başka yollarla ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs etmek ve aynı maddenin (b) bendinde belirtilen ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak kapsamında olduğu anlaşıldığından, davacı şirket hakkında tesis edilen ihaleden yasaklamaya ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir... Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü: ... İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir...". Dan. 13. D. E. 2014/2718, K. 2020/1153, 03.06.2020. <https://karararama.danistay.gov.tr/>.

⁵⁸ "Devlet ve İl Yollarında Rutin Bakım, Yapım, Onarım ile Kar ve Buzla Mücadele Yapılması İşleri" ihalesine ortak girişim olarak katılan İş Ortaklığı tarafından sunulan teklif zarfında aynı iş için biri bedel içeren, diğeri bedel belirtilmemiş imzalı ve kaşeli iki adet teklif mektubu bulunduğu, ortak girişim grubunun bu yönde eyleminin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin (b) fıkrasında belirtilen "isteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak" şeklindeki yasak fiil ve davranış niteliğinde olduğundan bahisle iş ortaklığını oluşturan firmalardan ...'nin ortağı olan davacının, aynı Kanun'un 58. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmesi üzerine davanın açıldığı, tutar içeren teklif ile beraber tutar belirtilmeden imzalanmış teklif mektubu sunulması fiilinin, ihale komisyonunun tereddüde düşmesine sebebiyet verebilecek bir fiil olması nedeniyle ihale kararını ve rekabeti etkileyecek davranış olarak kabul edilmesi gerektiğinden, 4734 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (b) fıkrası ile 58. maddesi uyarınca davacının 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir". Dan. 13. D. E. 2015/829, K. 2015/3006, 07.09.2015. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/danistay/lyd20.htm>.

rılmış bir sonuca hukuka aykırı yollarla ulaşmayı amaç edinen her fiil, “özellikle üstü örtülü veya açık anlaşmalar”, bazı isteklilerin ihaleye katılmasını engelleyen cebir ve hile içeren davranışlar bu çerçevede değerlendirilecektir.⁵⁹ Danıştay bir kararında; elektronik ihale sürecinde iki farklı isteklinin, farklı tarihlerde aynı IP adresi kullanarak doküman indirmesini yasak fiil ve davranış olarak kabul etmiş, bu davranışın 4734 sayılı Kanun md.5’te mevcut rekabet ilkesine aykırı olduğunu vurgulamıştır.⁶⁰ “İhale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak”, sebebin belirsiz bir kavramla ifadesine karşılık gelmekte ve idarenin takdir hakkı çerçevesinde değerlendireceği bir alan olarak kalmaktadır. Burada da “ihale kararını etkileyecek davranışlar” nitelemesini somutlaştıracak ve işleme sebep olarak kullanılacak mevcut olayın, yasaklama kararı için yeter bir sebep olup olmadığının takdirinde ya da değerlendirilmesinde⁶¹ 4734 sayılı Kanunda mevcut ihalelerle ilgili temel ilkelerin ve ihaleden umulan amacın gerçekleştirilmesi ölçütü geçerlidir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin üçüncü sebebi 4734 sayılı Kanun md.17/c)’de “*Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*” fiilleri olarak ifade edilmektedir. Kanun herhangi bir ayırım yapmadığına göre ihale sürecinde kullanılacak bütün belgelerin buradaki “belge” başlığı altında değerlendirilmesi gerekmektedir. Danıştay bir kararında;⁶² ihale sürecinde kullanılan belgenin dayanağı olan belgenin sahte olmasından dolayı belgenin hukuken geçersiz olduğunu belirterek verilen ihaleden yasaklama kararını hukuka uygun bulmuştur. Mevzuatta yetki verilen makamların hazırladığı belgeler de gerçeğe aykırı olabilir. İhale sürecinde istekli tarafından sunulması zorunlu belgeyi mevzuatta belirtilen serbest muhasebeci mali müşavir düzenlemiştir. Ancak belgede gerçeğe aykırılıkların olduğu, gerçekliğin teyidi idareye bırakılmış olsa da bunun istekliye gerçeğe aykırı belge sunma hakkı vermeyeceği açıktır. Böyle bir durumda belge sunan tarafın “haksız avantaj” sağlayacağı ortadadır.⁶³ Kamu ihalelerinde çokça karşılaşılan durumlardan bazıları da ihalelerde sunulan “ürün katalogları” ya da etiketlerin sahte olması, iş deneyim belgelerinin

⁵⁹ Yaşar Gök, “İhalelerde Yasak Fiil veya Davranışlar”, <https://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-ihale-5.pdf>.

⁶⁰ Dan. 13. D. E. 2021/1052, K. 2021/1732, 17.05.2021. Eren Toprak, s. 489.

⁶¹ Sebep unsurunda takdir hakkı kavramı mı yoksa “değerlendirme marjı” kavramı mı kullanılmalıdır tartışmasına konunun sınırları dikkate alınarak girilmemiştir.

⁶² “İhalede Kullanılan Özel Güvenlik Faaliyet İzin Belgesinin Dayanağı Belge Olan Diplomanın Sahte Olduğu/Diplomanın Sahteliğinin Bu Diploma Esas Alınarak Düzenlenen Özel Güvenlik Faaliyet İzin Belgesinin de Geçersizliği Sonucunu Doğuracağından Dava Konusu İşleminde Hukuka Aykırılık Bulunmadığı...”. Dan. 13. D. E. 2016/2034, K. 2021/367, 09.02.2021. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2016-2034.htm>.

⁶³ Dan. 13. D. E. 2015/4042, K. 2015/3805, 10.11.2015. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2015-4042.htm>.

sahte olması ve sigorta belgelerinin sahte olmasıdır.⁶⁴ Sayılanlar, ihaleye katılmaktan yasaklama işleminin 4734 sayılı Kanun md.17c) gereği sebep unsurunu oluşturacaktır. İhale sürecinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin ve güvenilirliğin sağlanması sunulan belgelerin gerçeği yansıtması doğru ve hukuka uygun olmasıyla mümkündür. Bunun temini için de 4734 sayılı Kanun md.17c) de ifade edilen sahte belge veya teminat düzenlemek kullanmak ya da teşebbüs etmek bir sebep olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu burada belge altında nelerin kabul edileceğini belirtmese de ihale sürecinde kararı etkileyecek bilgi ve belgelerin “belge” altında değerlendirilmesi olması gerektir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin dördüncü sebebi 4734 sayılı Kanun md.17/d)’de “*Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.*” şeklinde düzenlenmiştir. Kamu ihale hukukunda rekabetin sağlanması şartlarından birisi de ihaleye katılanlar arasında organik bir bağın olmamasıdır. İhalelerde gerçek piyasa şartlarının oluşumu her katılanın kendi özgür iradesiyle vereceği teklife bağlıdır. Kamu kaynaklarının verimli kullanılması, gerçek piyasa şartlarının ihale sürecinde oluşumuyla sağlanabilir. Bu sebeple 4734 sayılı Kanun md.17/d)’deki düzenleme sadece ihale dışı bırakılma sebebi değil ihalelere katılmaktan yasaklama kararının da sebebidir.⁶⁵ Şahıs veya sermaye şirketlerinin ortakları da 4734 sayılı Kanun md.17-d) kapsamında değerlendirilmektedir. “Ortakları benzer olan şahıs ya da sermaye şirketlerinin” aynı ihaleye katılmaları durumunda yasaklama kararı gündeme gelecektir. Ortaklık ilişkisinin varlığı yasaklama kararının verilmesi için yeter sebep olarak kabul edilmekte, ortaklıktaki payın ağırlık derecesinin bir önemi bulunmamaktadır.⁶⁶ Kamu İhale Genel Tebliğinde de ortaklar ve bunlarla ilgili yasaklama kararları konusunda düzenlemeler⁶⁷ mevcuttur. Bu madde hükmünde de sebep 4734 sayılı Kanunda

⁶⁴ Erdem Bafra, Kamu İhale Kurumu, <http://ekapakademi.kik.gov.tr/wp-content/uploads/2020/01/Dan%C4%B1%C5%9Ftay-Kararlar%C4%B1-1-%C5%9F%C4%B1%C4%9F%C4%B1nda-4734-m.-17-c.pdf>.

⁶⁵ “Dosyanın incelenmesinden, ihaleye teklif veren her iki şirketin hissedarı olan ...’ın ayrıca mühendislik diplomasının her iki şirket tarafından iş deneyim belgesi olarak teklif sunulduğu görülmektedir. Bu itibarla, uyumsuzluğa konu ihaledeki tekliflerin aynı hakim etki altında verildiği, başka bir ifadeyle şirketlerin teklifleri hazırlama aşamasında birbirleri ile irtibatlarının bulunmadığından ve ihale işlemlerinin birbirleri ile etkileşim içinde olmaksızın, rekabet hâlinde yürütüldüğünden söz edilemeyeceği anlaşıldığından, davacı şirketin yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yönündeki temyize konu İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır”. Dan. 13. D. E. 2016/1222, K. 2021/1029, T. 23.3.2021. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2016-1222.htm>.

⁶⁶ Eren Toprak, s. 492, 493.

⁶⁷ “Kamu İhale Genel Tebliği

28.1.9. Haklarında yasaklama kararı verilen şirket ortak veya ortaklarının durumu

28.1.9.1. 4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunması

düzenlenmişse de uygulamada ortaya çıkan durumlar nedeniyle hem Tebliğ hem de Danıştay kararlarıyla 4734 sayılı Kanun md.17-d)'nin kapsama alanının açıklığa kavuşturulması ihtiyacı karşılanmaya çalışılmıştır.

Alternatif teklif vermek hallerinin kapsam dışında tutulduğu belirtilmiş olsa da bu hallerin neler olduğunun tespiti, uygulamada belirlilik bakımından önemlidir. Alternatif teklif, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde⁶⁸ belirlenmiştir. İhale sürecinde aynı aday veya isteklinin “ihale konusu malın teknik şartnamesinde belirlenen asgari özellik ve şartları sağlamakla birlikte birbirinden farklı teknik özelliklere sahip ürünlerin, asıl teklifin yanı sıra sunulması” sadece mal alım ihaleleri açısından mümkündür. Alternatif teklif verme halinde diğer önemli konu hangi durumlarda alternatif teklif verme kastının olduğunun tespiti-

sebebiyle aynı Kanunun 58 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları gereğince haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen şirket ortak veya ortaklarının;

1) Ortağı olduğu şahıs şirketleri,

2) Sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri,

Ortak hakkında verilmiş olan yasaklılık kararı devam ettiği süre içinde 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesi uyarınca anılan Kanun kapsamındaki idarelerin ihalelerine katılmayacaktır.

28.1.9.2. (Değişik: 13/04/2013-28617 R.G./7. md.) 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesine göre, bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların doğrudan veya dolaylı ya da alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihaleye katılmaları mümkün bulunmayıp, bu yasağa rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi gerekmektedir.

28.1.9.3. (Ek: 13/04/2013-28617 R.G./8. md.) 6359 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “olarak” ibaresinden sonra gelmek üzere “idarelerce veya mahkeme kararıyla” ibaresi eklenmiş olduğundan, bu Kanun değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle hakkında kamu davası açılanlar söz konusu bent kapsamından çıkarılmıştır. Bununla birlikte, Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen ve Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunmaları nedeniyle haklarında kamu davası açılanların, Kanunun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince ihalelere katılmayacakları hüküm altına alınmış olup, Kanun değişikliği bu kuralla ilgili olmadığından; haklarında kamu davası açılmış olanların kendisi ya da bir tüzel kişi veya başka bir gerçek kişi adına teklif vererek ihaleye katılmaları veyahut ortağı olduğu şahıs şirketleri ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları sermaye şirketlerinin ihaleye katılmaları mümkün değildir. Bu yasağa rağmen ihaleye katılmış olunması halinde, bu durumda olan isteklilerin değerlendirme dışı bırakılması, ancak geçici teminatlarının gelir kaydedilmemesi ve idarece haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir.

28.1.9.4. (Ek: 13/04/2013-28617 R.G./8. md.) Ortakları hakkında yasaklama kararı bulunan şahıs şirketlerinin ihalelere katılması halinde, yasaklı ortağın hisse oranına bakılmaksızın 4734 sayılı Kanunun 11 inci ve 17 nci maddeleri gereğince işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Sermaye şirketlerinde ise, hakkında yasaklama kararı bulunan ortağın sermaye şirketinin yarısından fazla hissesine sahip olması veya haklarında yasaklama kararı bulunan sermaye şirketi ortaklarının hisseleri toplamının şirketin sermayesinin yarısından fazlasını teşkil etmesi halinde, ihaleye katılan sermaye şirketi hakkında 4734 sayılı Kanunun 11'inci ve 17 nci maddeleri uyarınca işlemde bulunulacaktır.” <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=13354&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>.

⁶⁸ **Madde 3-** “a) Alternatif teklif: İhale dokümanında hüküm bulunması halinde, bir ihalede aynı aday veya istekli tarafından ihale konusu malın teknik şartnamesinde belirlenen asgari özellik ve şartları sağlamakla birlikte birbirinden farklı teknik özelliklere sahip ürünlerin, asıl teklifin yanı sıra alternatif olarak sunulmasını, ... ifade eder”. <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>.

tidir. Danıştay, kararında ihaleye konu malın imalinde farklı malzemelerin kullanılması durumunda birim fiyatta meydana gelebilecek değişikliklerden dolayı imalde kullanılan malzemeye göre birim fiyatı verilmesini alternatif teklif olarak görmemiş ve verilen yasaklama kararını iptal etmiştir.⁶⁹ Alternatif teklif konusunda hukuka uygun olan, ihaleye yönelik olarak istekliler tarafından asıl teklif yanında aynı teknik niteliğe sahip “alternatif başka bir teklif verme” seçeneğinin kullanılmasıdır. “Yasak alternatif teklif” ise aynı ihaleye birden fazla teklif mektubunun sunulması durumudur. Yasak alternatif tekliflerin tespiti ve ihale dışı bırakılması, sürecin kamu yararı doğrultusunda işleminin de garantisidir.⁷⁰

Sebeb unsurunun kanunda açık ifadelerle belirtilmiş olması durumunda bile şartlar ve mevcut olay idareyi sebep tespiti açısından değerlendirmeye sevk edebilir. Bu konu açısından ihale sürecinde ortaya çıkabilecek yeni olayların, 4734 sayılı Kanun md.17-d) kapsamında değerlendirilmesi ve yasaklama işleminin sebebi olup olmayacağı, Kamu İhale Kanunundaki temel ilkeler çerçevesinde, amacı gerçekleştirecek ölçülü ve objektif bir yorumla çözümlenebilir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin beşinci sebebi 4734 sayılı Kanun md.17-e)’de “11’inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.” olarak atıfla düzenlenmiştir. Adı geçen maddeyle⁷¹ ilgili esas olan;

⁶⁹ “... İdare Mahkemesi’nce; ihale konusu malın imalinde kullanılan malzemenin maliyeti ve bilyenin yapım tekniğine dair farklılıkların, bilyelerin pik döküm, çelik döküm veya çelik dövme olma niteliğine göre farklı birim maliyetten oluşabileceği göz önüne alındığında, davacı şirket tarafından sunulan ve farklı fiyatlar içeren teklifin, ihale şartnamesinde yer alan pik döküm, çelik döküm veya çelik dövme bilye olabilir, ifadesinden kaynaklandığı ve davacının alternatif teklif verme kastının bulunmadığının anlaşıldığı gerekçesiyle davaya konu işlemin iptaline karar verilmiş, ... 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmemekle anılan mahkeme kararının onanmasına...”. Dan. 13. D., E: 2007/1181, K: 2009/117, 09.01.2009. Bahar Koç Görmez, Kamu İhale Hukukunda İhalelden Yasaklama İşlemi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsüne Sunulan Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 52-55.

⁷⁰ Mustafa Çolak, “Kamu Alımlarında Yasal ve Yasak Alternatif Teklif Analizi”, Vergi Raporu, Sayı 188, Mayıs 2015, s. 31, https://vergiraporu.com.tr/uplimage/org/2015-188-Kamu_Alımlarında_Yasal_Ve_Yasak_Alternatif_Teklif_Analizi-Dr_Mustafa_Colak%20.pdf.

⁷¹ “İhaleye katılamayacak olanlar

Madde 11- Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

- (Değişik: 20/11/2008-5812/4 md.) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.[20]
- İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.
- İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.
- İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.
- (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinilenleri.

sayılanların “doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere” katılamayacakları düzenlendiği halde ihaleye katılmalarıdır. Bu durumda ayrıca yasaklama kararı da verilecektir. Burada üzerinde durulması gereken istisnai durum, ihaleye katılamayacak olanın ürününün bir satıcı tarafından teklifidir. Bu konu da Kamu İhale Genel Tebliğinde⁷² satıcının yasaklanamayacağı şeklinde düzenlenmiştir.⁷³ 4734 sayılı Kanun, hakkında yasaklama kararı bulunan kişilerin dolaylı olarak bile ihalelere katılamayacağını düzenlemiştir. Danıştay, ihalelere katılmaktan yasaklı olmayan şirketlerin, yasaklama kararı olan kişilerce ihaleye katılmaları durumunda, ortaklıktaki pay durumlarına bakılmaksızın 4734 sayılı Kanun md.11’in uygulanacağı kararını vermiştir. Danıştay, ihale sürecinin sonunda sözleşmeyi tüzel kişiliği temsilen imzalayacak kişinin de 4734 sayılı Kanun md.11 kapsamında sayılan kişilerden olmaması gerektiğine karar vermiştir.⁷⁴ 4734 sayılı Kanun md.11 ile yapılan düzenleme esas olarak ihaleye katılması engellenmiş durumları açıklamaktadır. Bu durumda olan kişiler ihalelere katılamazlar. Bununla birlikte md.17 ve md.11’de sayılan durumda

f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin %10’undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

g) (Ek: 31/10/2016-KHK-678/30 md.; Değiştirilerek kabul: 1/2/2018-7071/29 md.) (İptal: Anayasa Mahkemesi’nin 14/11/2019 tarihli ve E.: 2018/90, K.: 2019/85 sayılı Kararı ile)

İhale konusu için danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

(Değişik üçüncü fıkra: 30/7/2003-4964/8 md.) İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir”.

⁷² “28.1.6. Yasaklı firmanın ürününün yetkili bayi ya da başka bir satıcı tarafından teklif edilmesi

4734 sayılı Kanunun “İhaleye katılamayacak olanlar” başlıklı 11’inci maddesi ile “İhalelere katılmaktan yasaklama” başlıklı 58’inci maddesinde ihaleye katılıma ve ihaleden yasaklamaya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Anılan maddelerde, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmayan isteklinin, yetkili satıcı ya da üretici firmanın kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı bulunması halinde, üretici firma garantisinde olan bazı belgeleri ve satışa dair yetki verilen mal veya malları teklif etmesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır”.

⁷³ Eren Toprak, s. 497, 498.

⁷⁴ Dan. 13. D. E. 2016/3004 K. 2021/1268, 7.4.2021. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2016-3004.htm>. Aynı yönde başka bir karar için, “İhale Sürecinde İhaleye Teklif Vermek Birtakım Taahhütlerde Bulunmak ve İhale Sürecinin Sonunda Sözleşme İmzalamak Gibi Hak ve Borç Doğurucu İşlemler Söz Konusu Olduğundan İhale Sözleşmesini Tüzel Kişiliği Temsilen İmzalayacak Kişilerin de Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklanmış Olmaması Gerektiği - İhale Sürecinin Sonucunda Sözleşmeyi Bir Tüzel Kişiliği Temsilen İmzalayacak Kişinin de 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 11. Maddesinde Sayılan Kişiler Arasında Olmaması Gerektiği...”. Dan. 13. D. E. 2015/6098 K. 2021/161, 19.1.2021. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2015-6098.htm>.

bulunan kişilerin Kanuna rağmen ihaleye katılması ve bunun tespiti durumunda ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımıyla karşılaşacaklarını belirtmektedir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin altıncı sebebi 4734 sayılı Kanun md.58/1'de "... üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir." şeklindedir. İhale üzerine kalanın süresi içinde sözleşme yapmaması, ihaleyi yapan idare ve ihaleye katılan diğer istekliler için farklı kayıpları gündeme getirmektedir. Bunların önlenmesi için ihale üzerine kalanın mücbir sebepler dışında sözleşme yapmaması yaptırımla karşılanmıştır. 4734 sayılı Kanunda mücbir sebeplerin neler olduğuyula ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Bunun yerine 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu md.10,⁷⁵ mücbir sebeplerin neler olduğunu sıralamıştır.⁷⁶ Mücbir sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirip karar vermek yetkisi idareye aittir. Burada sebep unsuru açık bir şekilde kanunda belirtilmiş olsa da sebebe dayanmayı hukuka aykırı hale getirebilecek mücbir sebep itirazının, idare tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. İdare bu değerlendirmeyle mücbir sebebin varlığını ya da yokluğunu tespit ettikten sonra 4734 sayılı Kanun md.58/1 sebep olarak kullanılabilir.

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin yedinci sebebi 4734 sayılı Kanun md.61'de "*Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır.*" olarak düzenlenmiştir. İhale yetkilisi ve ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına, ihale sürecinin her basamağındaki görevliler, ihale komisyonlarında görevli kişiler ile ihale sürecinde danışmanlık hizmeti yapanlar bu kapsamda değerlendirilmektedir.

⁷⁵ "Mücbir sebepler

Madde 10- Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

- Doğal afetler.
- Kanuni grev.
- Genel salgın hastalık.
- Kısmî veya genel seferberlik ilânı.
- Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur".

⁷⁶ Begüm İsbir, s. 59-61.

IV. İHALELERE KATILMaktan YASAKLAMA İŞLEMİNİN KONU UNSURLU

İdari işlemin konu unsuru, işlemin hukuk zemininde meydana getirdiği değişikliktir. İdari işlemin neticesi ve bunun hukuki karşılığı işlemin konusunu oluşturur. İdari işlemin konusunun idare tarafından seçilmesi söz konusu değildir. İşlemin konusu kanun tarafından önceden tespit edilmiştir. İşlemin konusunun hukuka uygunluğu, öncelikle konunun “imkânsız olmaması” ile mümkündür. Ölçülülük ilkesinin de işlemin konu unsuru açısından ayrıca gözetilmesi gerekir. İdari işlemin konu unsurunda hukuka aykırılıklar, “konunun mümkün ve meşru olmaması”, “mevzuatta düzenlenmeyen konu”, “mevzuata uygun olmayan konu”, “mahkeme kararının gereklerine uygun olmayan konu”, “geriye yürümezlik ilkesine aykırı konu”, “ölçülülük ilkesine uygun olmayan konu” ve “kazanılmış hakları ihlal eden konu” şeklinde ortaya çıkabilir.⁷⁷

İhalelere katılmaktan yasaklama idari işleminin hukuk zemininde meydana getirdiği değişiklik, 4734 sayılı Kanun md.17’de belirtilen fiil ve davranışları yapanlar, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar eğer yasaklama sebebi ihale üzerinde kalanın sözleşmeyi imzalamamasına dayanıyorsa altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar;

- Tasarruf Sigortası Mevduat Fonu (TMSF) ve bu Fonun hisselerine kısmen sahip olduğu bankaların,
- 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası, Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkındaki Kanunda sayılı bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketlerin (yapım ihaleleri hariç),
- 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerin,
- Bütün kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları mal veya hizmet alımları ile yapım işleri,
- 4734 sayılı Kanun md.3’te belirtilen istisnaların ihalelerine katılmaktan yasaklıdır. Kanunda, ihalelere katılmaktan yasaklama idari işleminin sonuçları, diğer bir ifadeyle hukuk zemininde ortaya çıkacak durum açıklanmıştır. İhaleler katılmaktan yasaklama kararı;
- şahıs şirketi olan tüzel kişiler hakkında verilmişse şirket ortaklarının tamamı,
- sermaye şirketi olması halinde sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında yasaklama kararı verilir.

⁷⁷ E. Ethem Atay, s. 551-553; Akyılmaz/Murat Sezginer/Kaya, s. 457-463; Kemal Gözler, s. 1044-1059, Ali Ulusoy, s. 433, 434.

İhalelere katılmaktan yasaklama kararı gerçek veya tüzel kişi hakkında verilmişse ve bu gerçek veya tüzel kişi;

- ayrıca bir şahıs şirketine ortak ise bu şahıs şirketi hakkında,
- sermaye şirketinde ortak olmaları durumunda sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir.

İhale sırasında Kanunda yazılı fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenler ise idare tarafından o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.⁷⁸

Kamu İhale Genel Tebliğinde de yasaklama kararının sonuçları ile ilgili açıklamalar bulunmaktadır. Ortak girişimin ortaklarından birisinin yasak fiil ve davranışlarda bulunması durumunda; ortaklardan birden fazlasının yasak fiil ve davranışa iştirak etmesi durumunda yasak fiil ve davranışa işleyen ortaklar hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilecek, yasak fiil ve davranışa iştirak yoksa sadece bu davranışa işleyen ortak ya da ortaklar yasaklama yaptırımına uğrayacaklardır. (Tebliğ 28.1.7. 1).

Yasaklama işleminin konu unsurunun hukuka aykırılığıyla ilgili olan dava konusu olayda, AA Sigorta Anonim Şirketi, 21.04.2020 tarihinden 21.04.2021 tarihine ve 29/05/2020 tarihinden 29/05/2021 tarihine kadar olmak üzere iki farklı idare tarafından kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmıştır. En avantajlı teklif sahibi olarak ihale üzerinde bırakılan BB Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd. Şti.'nin dava konusu ihaleye, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olan AA Sigorta A.Ş.'nin yetki belgesiyle katıldığı, anılan şirketin İdari Şartname gereği tek sigorta şirketi adına ihaleye katılabileceği, AA Sigorta A.Ş.'nin dava konusu ihaleye katılmaktan yasaklı olduğu ve mevcut hâliyle de dava konusu ihaleye dolaylı olarak katıldığı, bu itibarla ihale üzerinde bırakılan istekliye ait teklifin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği anlaşıldığından, aksi yönde tesis edilen dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı" gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar temyiz incelemesi sonucunda da kesinleşmiştir. Daha sonra idarenin, AA Sigorta anonim şirketi ile birlikte %50'den fazla hisseye sahip ortağı CC ve bu ortağın diğer şirketi olan DD Holding A.Ş. ile DD Holding A.Ş.'nin sahip olduğu EE Sigorta A.Ş.'nin de 4734 sayılı Kanun md.58 uyarınca 1 (bir) yıl süreyle tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin kararı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Bunun üzerine AA Sigorta A.Ş., ortağı CC ve DD Holding A.Ş. ve EE Sigorta A.Ş. yasaklama işleminin iptali davasını açmıştır. Danıştay

⁷⁸ 4734 sayılı Kanun md.58/1 ve 2, açıklama ile ifade edilmiştir.

önündeki davada; “58. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, Kanun’un 58. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yasaklanan tüzel kişilerin ortaklarının hangi durumda yasaklanacağı düzenlenirken; ikinci cümlesinde ise, birinci fıkra uyarınca yasaklanan gerçek ve tüzel kişilerin ortak oldukları tüzel kişilerin hangi durumda yasaklanacağı düzenlenmektedir. 58. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca yasaklanacak şirket yönünden esas alınacak şirket, yasak fiil ve davranışlarda bulunarak yasaklanan, yani diğer şirketler hakkında yasaklama işleminin başlamasına sebebiyet veren şirkettir. Bu nedenle 4734 Sayılı Kanun’un 58. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi yönünden, sadece Kanun’un birinci fıkrasına göre yasaklanan şirket esas alınacaktır. Bu şekilde yasaklama zincirinin sınırsız bir şekilde uzaması önlenmiş olup, yasak fiil ve davranışlarda bulunarak yasaklanan tüzel kişi ve ortakları yanında, bu gerçek ve tüzel kişinin kendisinin ortak olduğu diğer tüzel kişiler aracılığıyla dolaylı olarak ihalelere katılması engellenmiş olacaktır. Bu itibarla, CC’nin %50’den fazla hissesine sahip olduğu DD Holding A.Ş.’nin, DD Holding A.Ş.’nin %50’den fazla hissesine sahip olduğu EE Sigorta A.Ş.’nin tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemlerde hukuka uygunluk, dava konusu işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararının kaldırılmasına ve davanın reddine ilişkin Bölge İdare Mahkemesi kararının ... Holding A.Ş. ve ... Sigorta A.Ş.’nin yasaklanmasına yönelik kısmında hukukî isabet bulunmamaktadır”.⁷⁹ Yasaklama idari işlemiyle Kanunda düzenlenmemiş olan bir sonuç ortaya çıkmıştır. Konu unsuru, Kanunda düzenlenmeyen şekilde genişletilmiştir. Davaya konu idari işlemin konusu olan yasaklılık yaptırımı; yasaklı olan AA A.Ş. ile ortaklık ilişkisi içinde bulunan CC ve bunun ortağı olduğu DD A.Ş. ve EE Sigorta A.Ş.’ye kadar kanunda öngörülenin dışında genişletilmiş ve kanunda olmayan bir netice ortaya çıkmıştır. Çıkan sonuç, işlemin konu unsuru açısından hukuka aykırıdır. İdari işlem teorisinde sebep ve konu unsuru arasında mevcut ilişki, bahse konu davada işlemin sebep unsuru açısından da hukuka aykırılığa ayrıca işaret etmektedir. Konu unsurunda, hukuk kuralının uygulanması sonucunda ulaşılabilecek neticeden bahsedilmektedir. Bu netice kanunla belirlenmiştir. Kanunla verilen yetkinin işlemin unsurları bazında hukuka uygun olarak uygulanması neticesinde yine kanunda belirlenen neticeye ulaşılmalıdır. Kanuni idare ilkesi ancak bu şekilde somutlaşabilir. Gerçek ve tüzel kişilerin idare karşısındaki hukuki güvenliği bu şartla sağlanmış olur. Kanunda verilen yetkinin uygulanması sonucunda ulaşılabilecek netice ve hukuksal yükümlülük doğuran durumun kapsamı kanunda belirtilenin dışında genişletildiğinde idari işlemin hukuka aykırılığı gündeme gelecektir. Bu süreçte konu ile sebep unsurunun da hukuka aykırılığı incelenmelidir.

⁷⁹ Dan. 13. D. E. 2022/2812, K. 2022/3009, 05.07.2022. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2022-2812.htm>.

V. İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLAMA İŞLEMİNİN AMAÇ UNSURU

İdare hukukunda işlemin amaç unsuru, idare hukukunun temel ilkelerinin bir sonucudur. İdareye Anayasa ve kanunlar tarafından verilen yetkiler, kamu yararı ve kamu hizmetinin somutlaştırılmasına hizmet etmelidir. İdari işlemlerin meşruiyeti, kamu yararı ve kamu hizmetine yönelmiş olmasıyla gerçekleşebilir. İdari işlemin amaç unsurunun hukuka uygunluğunun şartları; idarenin faaliyetlerinde kamu yararı esastır, bu esasın dışında bir amaç güdülemez, idari işlemin amaç unsurunun kanunda açık olarak ifade edilmiş olması ya da kanunun ruhundan çıkarılabilmesi gerekir, kanun tek bir amaç belirtmemiş, birden fazla amaç belirleyebilir, bazı idari işlemlerde ise sebep unsuru ile amaç unsuru birleşebilir dolayısıyla sebebin gerçekleşmesi ve işlemin yapılmasıyla amaç da gerçekleşmiş olmaktadır şeklinde sayılmıştır.⁸⁰ Amaç idari işlemin “sübjektif” unsurudur ve sübjektifliğini de işlemi yapan makamın düşüncesinin sorgulanması gereğinden almaktadır. Bu unsurun objektif olması ise amacın kamu yararı dışında başka bir amaç olarak belirlenmemiş olmasına bağlıdır. Kamu yararını ne olduğuna karar vermek ise yasama organının yetkisidir. Yasama organının kanun yaparak ortaya koyduğu kamu yararının gerçekleştirilmesi ise idarenin işlemleriyle mümkündür.⁸¹ “Kişisel amacın, güdülmesi, üçüncü kişilerin korunması amacının ya da siyasi amacın güdülmüş olması” durumunda idari işlem hukuka aykırı olur.⁸² İdarenin işlemlerinin genel amacının kamu yararı olması esastır. Bunun yanında idari faaliyetin niteliğine göre özel amaçlar da güdülebilir. İdari işlemin genel amacının kamu yararı olması esastır, bunun yanında işlemin ortaya koyduğu kamu hizmetiyle bağlantılı “özel amaçlar” belirlenebilir. İmar hukuku açısından idareye İmar Kanunu ile verilen yetkilerin özel amacı, yerleşim yerlerinde “imar düzeninin” korunmasıdır. Buradan hareketle özel amaç için verilmiş olan yetkinin başka bir özel amaç için kullanımı durumunda da amaç unsurunda aykırılık “yetki saptırması” şeklinde ortaya çıkabilir. Birden fazla özel amacın olması durumunda ise hangi amaca öncelik tanınacağı “üstün kamu yararı” ölçütü kullanılarak çözüme kavuşturulabilir.⁸³ Davacı amaç unsurundaki sakatlık iddiasını ispat yükümlüğü altındadır. İdarenin, işlemlerinde kamu yararı dışında bir amaç güttüğünün ispatı oldukça zordur. İdare, yaptığı işlemin kamu yararı dışında bir amaçla yapıldığını doğal olarak kabul etmeyecektir. Amaç unsurunun hukuka aykırılığı konusunda mahkemelerin verdiği karar sayısı oldukça azdır.⁸⁴

İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin amacının ne olduğu 4734 sayılı Kanun md.5'te⁸⁵ düzenlenen “Temel İlkeler” bakılarak anlaşılabilir. Kamu iha-

⁸⁰ S. Sami Onar, s. 317-322.

⁸¹ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, s. 463, 464.

⁸² E. Ethem Atay, s. 554. Kemal Gözler, s. 1097, 1098.

⁸³ Onur Karahanoğulları, İdare Hukuku, Ankara, 2022, s. 108-110.

⁸⁴ Ali Ulusoy, s. 436; Kemal Gözler, s. 1094, 1095.

⁸⁵ “Temel ilkeler

Madde 5- İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muame-

le sürecinde idarenin ihale ile ilgili yapacağı işlemlerin amaç unsuru özellikle md.5/1'de belirtilen temel ilkeler çerçevesinde somutlaşacak ve amacın kamu yararı mı yoksa yetki saptırmasıyla başka bir amaca mı evrildiği tespit edilebilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken konu Gözlerin de ifade ettiği üzere kamu yararı vardır demek zor, kamu yararı yoktur demek "daha kolaydır". Kişisel, siyasal ya da başka kişiye çıkar sağlamak amacıyla alınmış bir kararda kamu yararı olmadığının tespiti kolaydır. Bunun yanında bir idari işlemde, kamu yararının olmadığını tespit etmek zordur. Kamu yararının varlığı, bakış açısı ve değerlendirme ölçütlerine göre değişiklik arz edebilir. Dolayısıyla idari işlemde "kamu yararı karinesi" ile hareket edilmeli, kamu yararının olmaması "istisnai" bir durum olarak kabul edilmelidir.⁸⁶ Konuya, kamu yararının varlığı ya da yokluğunun tespitinde idari işlemin diğer unsurlarından yardım alınabilir mi sorusu ile devam edilebilir. Cevaben; Karahanoğulları'nın, "neden ve amaç bağlantısı" ve konu ve amaç bağlantısı" tespitinden hareketle neden unsurundaki sakatlığın işlemin amaç unsuru açısından da hukuka aykırılığı ortaya çıkaracağı, işlemin konusundaki hukuka aykırılığın da bu işlemle güdülen amacı sakatlayacağı görüşü⁸⁷ ile cevap verilebilir. İhalelere katılmaktan yasaklama işleminin amaç unsuru; "saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını" sağlamaktır. Bu kamu yararı amacına ulaşmak için de idari işlemin diğer unsurlarının objektif olarak kim, ne zaman hangi sebeple ve nasıl kullanılacağı, kanun ve diğer düzenlemelerle ortaya konmuştur. Bunlardan birindeki kanuna aykırılık işlemin amaç unsurunda da hukuka aykırılığı gündeme getirebilecektir.

leyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. **(Ek cümle: 2/7/2018-KHK-703/171 md.)** Cumhurbaşkanlığı hizmetlerinin özelliği ve güvenlik şartlarına uygun şekilde yerine getirilme zorunluluğu nedeniyle Cumhurbaşkanlığı'nca gerçekleştirilecek her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihaleler bu Kanunun 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre yapılabilir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaz.

(Değişik altıncı fıkra: 30/7/2003-4964/4 md.) İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz".

⁸⁶ Kemal Gözler, s. 1111.

⁸⁷ Onur Karahanoğulları, İdare..., s. 111.

SONUÇ

İhalelere katılmaktan yasaklama kararı bir idari işlemdir. İdari işlemin, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları, ihalelere katılmaktan yasaklama idari işleminde Kanun ve diğer mevzuatta yapılan düzenlemelerle belirlenmektedir. Yasaklama işleminin hukuka uygunluğu öncelikle bu yetkiye sahip idarenin işlemin unsurlarını hukuka uygun olarak somutlaştırmasıyla mümkündür. Yargısal denetimle, hukuka uygunluğun sağlanması söz konusu olsa da hukuk devletinde idarenin hukuk dışına çıkma keyfiyeti söz konusu değildir ve öncelikle işlemi yaparken kendi hukukilik denetimini yine kendisi yapacaktır. Çalışmada 4734 sayılı Kanuna göre verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararı incelenmiştir. 4734 sayılı Kanunda yapılan düzenlemelerle, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemi bağlı yetki konumunda tespit edilmiş olsa da işlemin unsurlarının incelenmesinde idarenin yapacağı değerlendirmelerin hukuka uygunluk açısından belirleyici olduğu ve idareye bu alanda Kanun ve mevzuatla çizilen yol haritasının çok açık olmadığı da ortadadır.

İhalelere katılmaktan yasaklama kararının yetki unsuru 4734 sayılı Kanunda açık olarak ifade edilmiş ise de bu konuda yetki devri ile ilgili bir düzenleme 4734 sayılı Kanunda mevcut değildir. Bu konudaki boşluk ilgili kamu kurum kuruluşlarını düzenleyen kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesindeki genel yetki devri ile doldurulmaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklama kararı gibi temel hak ve özgürlükler açısından önem arz eden bir konuda yetki devrinin, ihale hukukunun gerekleri dikkate alınarak ayrıca düzenlenmesi değerlendirilmesi gereken bir konudur. Yasaklama kararının şekil unsuru, Resmî Gazetede yayın yoluyla yazılılık ve tebliğ şartını yerine getirdiği iddiasında ise de hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi açısından Resmi Gazetede yayımlanan kararın ilgisine tebliğinin ve yasaklama kararı verme sürecinin aşamalar ve zaman bakımından mevzuatla daha ayrıntılı düzenlenmesi tespiti hak kayıplarının olmaması açısından değerlendirilmelidir. İşlemin sebep unsuru, 4734 sayılı Kanunun ilgili maddelerinde sayılarak belirtilmiş, sayılanlara benzer durumların da söz konusu olacağı halleri karşılamak için idareye bir değerlendirme alanı ya da maddi/hukuki olguyu sebep olarak takdir edeceği bir yetki alanı da bırakmıştır. Bu durumlar açısından da takdir hakkının yeknesaklığı sağlayacak şekilde kullanımı ihaleyi yapan idarenin uzmanlığıyla ilgili bir konu olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte sebep unsurunun sınırlarının genişletilmesi hukuki belirliliği ortadan kaldırabilmekte, konu unsuru açısından da belirsizliğe neden olmaktadır. İhaleden yasaklama kararının unsurlarının hukuka uygunluğuyla ilgili olarak Kanun ve mevzuatta düzenlemeler mevcuttur. Bununla birlikte hukuki güvenlik, belirlilik ve ihaleden kamunun beklediği ekonomik yararın sağlanması hem düzenlemelerin sınırlarının açık tespit edilmesine hem de işlemi yapan idarenin bu konudaki ehliyetine bağlıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut Emre, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, İstanbul, 2013.
- Akgül, Mehmet Emin, Hukuk Devletinde Devlet İşlemlerinin Gereği, Ankara, 2023..
- Atay, E. Ethem, İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2023.
- Akyılmaz, Bahtiyar, "İdari İşlemlerde Gereği Yükümlülüğü", Prof. Dr. Şeref GÖZÜBÜYÜK'e Armağan, Ankara, 2005.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2023.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2023.
- Çağlayan, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 2023.
- Çolak, Mustafa, "Kamu Alımlarında Yasal ve Yasak Alternatif Teklif Analizi", Vergi Raporu, Sayı 188, Mayıs 2015, s. 31. https://vergiraporu.com.tr/upImage/org/2015-188-Kamu_Alimlarında_Yasal_Ve_Yasak_Alternatif_Teklif_Analizi-Dr_Mustafa_Colak%20.pdf.
- Dilberoğlu, Vedat, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Ankara, 2018.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, 2020.
- Gök, Yaşar, "İhalelerde Yasak Fiil veya Davranışlar", <https://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-ihale-5.pdf>
- Görmez, Bahar Koç, Kamu İhale Hukukunda İhaleden Yasaklama İşlemi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku Cilt I, Güncellenmiş 3. Baskı, 2019.
- Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara, 2015.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara, 2016.
- İsbir, Begüm, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Ankara, 2011.
- Karahanogulları, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Ankara, 2023.
- Karahanogulları, Onur, İdare Hukuku, Ankara, 2022.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023.
- Sancakdar Oğuz/Önüt Lale Burcu/Us Doğan Eser/Kasapoğlu Turhan Mine, Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik ÇALIŞMA Kitabı, Seçkin, 2022.
- Onar, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları. Cilt I, İstanbul, 1966.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2023.
- Toprak, Eren, Kamu İhale Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, 2022.
- Ulu, Güher, "İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 19 Sayı: 38 Yaz 2020/2, s. 86. <chrome-extension://efaidnbmnnnibp-cajpcgclefindmkaj/https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1288913>.
- Ulusoy Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara, 2020.

Genetiği Değiştirilmiş Organizma Kullanılarak Üretilen Gıdaların İnsan Sağlığına Etkilerinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of the Effects of Food Produced Using Genetically Modified Organisms on Human Health in Terms of Criminal Law

Dr. Öğr. Üyesi Çağrı KAN^(**)

Öz:

Gen biliminin gelişmesi genetiği değiştirilmiş organizmaların (GDO) üretimini ve tüketimini yaygınlaştırsa da, henüz güvenilirliklerine ilişkin kesin bir bilimsel bulgu mevcut değildir. Bu belirsizliğe rağmen, GDO'lar gıda olarak üretilmekte ve tüketilmektedir. Devletin sağlığı koruma yükümlülüğünün bir gereği de işler bir mevzuat üretmektir. Çalışmada sağlığın gerekleri ve mevzuatın en önemli eksiği olarak tespit ettiğimiz sorumluluk hükümlerinin etkinliği ele alınmıştır. Makalenin kaleme alınma nedeni; GDO'lu gıdaların insan sağlığına olan etkilerini ceza hukuku bakımından ele almaktır. Çalışmada betimsel analiz metodu kullanılmış olup, yeri geldikçe Mahkeme kararlarına değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Genetiği Değiştirilmiş Organizma, Sağlık Hakkı, Biyogüvenlik, Ceza Hukukunda Gıda Güvenliği, Ceza Hukukunda Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar.

Abstract:

Although the development of genetics has made the production and consumption of genetically modified organisms (GMO) widespread, there is no definitive scientific evidence regarding their safety yet. Despite this uncertainty, GMOs are produced and consumed as food. One of the requirements of the state's obligation to protect the health is to produce a functioning legislation. In the study, the requirements of the right to health and the effectiveness of the criminal liability provisions, which we have identified as the most important shortcoming of the legislation, are discussed. The reason for writing the article; to address the effects of GMO foods on human health in terms of the right to criminal law. In this study, the descriptive analysis method was used and the decisions of the Court were mentioned when necessary.

Keywords:

Genetically Modified Organism, Right to Health, Biosecurity, Food Security in Criminal Law, Living Modified Organism in Criminal Law.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 24.05.2024 - Makale Kabul Tarihi: 30.10.2024.

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

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

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-4414-217X>.

GİRİŞ

İnsan, yaşama serüveninde bir parçası olmaya çalıştığı doğayı süregelen bir şekilde nesneleştirirken, yaşamak ve doğaya uyum sağlamak adına birçok faaliyet gerçekleştirmektedir. Son yüzyılın ikinci yarısında, sürdürülebilirliği sağlamak için yapılan bu faaliyetlerin 1992 yılında Rio De Janeiro’da yapılan Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı’nda sosyal, iktisadi ve çevresel etmenlerin doğal kaynaklar, temel gereksinimler, etkiler, içselleştirme kapsamında birbiri ile ilişkili biçimde ele alınması fikri ortaya çıkmıştır. Bu anlamda yaşamın devam etmesi için gerekli olan gıda, sonsuz ve sınırsız olmayan bir ihtiyaç ve bu anlamda gıda ürünleri de ekosistemin parçalarıdır.¹ Tüm canlıların içinde insan, ait olduğu ekosistemin bir parçası ve diğer canlılar gibi ait olduğu bütün olmadan yaşaması olanaksız bir canlı türüdür. Ancak insan diğer tüm canlıların aksine yaşam alanını tüketen bir yapıya sahiptir. Gıdaya ihtiyaç, avcılık ve toplayıcılıktan başlayarak, tarım toplumuna geçilmesi ile birlikte insanların ihtiyaç duyduklarından fazlasını üretme kapasitesini de birlikte getirmiştir. Ancak bugün, mevcut bu üretme kapasitesi, benzer yöndeki bilimsel ve teknolojik imkanların gelişimi ile birlikte daha bol besine ulaşabilmek adına türlü amaçlarla kullanılmaktadır. Genbilimin gelişmesiyle birlikte bu yönde yapılan çalışmalar, bir taraftan gıdaların GDO’lu veya GDO’lu içeriklerle üretimini aralamışken, diğer taraftan GDO’lu veya GDO içerikli ürün ve gıdaların tüketiminin üzerinden sis perdesi kalkmadığı için, konu üzerine yapılan tartışmalar güncelliğini korumaktadır. Bu konuda ele alınması mümkün başlıklar, tarımda doğrudan kullanılan GDO’lu organizmalardan, klonlamaya ve gıda verimi düşüncesiyle üretilen yeni hayvan cinslerine kadar birçok konuyu içine almaktadır.

Bir genin, bir organizmadan diğerine laboratuvar ortamında teknolojik yöntemler kullanılarak aktarılması ile oluşan genetiği değiştirilmiş organizma, üretildiği günden bu yana çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Modern biyoteknoloji olarak adlandırılan bu teknik, bir yandan farklı türler arasında gen aktarımını mümkün kılmak, diğer yandan genin işleyişini değiştirmek suretiyle sayısız özgün organizma elde edilmesine imkan sunmaktadır. Sayısı ve çeşitliliği her geçen gün artan GDO’lar kimya, sağlık, tarım ve hayvancılık sahasında oldukça yaygınlaşmış, dünya pazarındaki en büyük payını ise gıda üretimi ile elde etmiştir. Bu süreçte, GDO’lara ilişkin pek çok bilimsel çalışma yapılmış, farklı, hatta tezat argümanlar ortaya atılmıştır. Nihai aşamada, an itibarıyla GDO’ların güvenilirliğine ilişkin kesin bir bilimsel bulguya ulaşılamamıştır. Bu belirsizliğe rağmen, GDO’ların ve ürünlerinin gıda olarak üretilmesi ve tüketilmesi; GDO’lu gıdaların insan sağlığına olan etkilerini hukuki boyutuyla ele almayı zorunlu kılmaktadır. Genetiği değişik-

¹ Onur, Yeni, “Sürdürülebilirlik ve Sürdürülebilir Kalkınma Bir Yazarın Taraması”, (Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Dergisi, Y. 2014, C. 16, S. 3, s. 181-208), s. 186.

tirilmiş organizmanın doğrudan ya da dolaylı olarak gıda maddelerinin içerisine girmesi, hem sağlık hem de yaşam açısından dikkat çekici olmakla birlikte, hukuki açıdan ihtiyatla yaklaşılmasını gerektirmektedir. Zira bu belirsizlik, başta sağlığın güvencesinin ve sorumluluk hükümlerinin önemini artırmaktadır.

Makalenin kaleme alınma nedeni; GDO'lu gıdalara ilişkin kamusal makamların sorumluluğunu belirlemeye yönelik ihtiyacın, teknolojinin gelişmesine paralel olarak artmasıdır. Bu yönde sağlık hakkına yönelik tehlikeler artarken, aynı zamanda hakkın kapsamı ve devletin yükümlülüğü de genişlemektedir. Devletin sağlığı koruma yükümlülüğü, bir takım tedbirler almayı gerektirmektedir. Bu tedbirlerden ilki ve başat olanı işler bir mevzuat üretmektir. Biyogüvenlik mevzuatının cezai sorumluluk doğuran hükümlerinin değerlendirildiği bu çalışmada, GDO'lara ilişkin riskin belirsizliği, cezai sorumluluk hükümlerini daha detaylı ele almayı gerektirmiştir. Konunun kamu hukuku cihetinin ele alındığı bu makalenin amacı; kamusal makamların sağlık hakkını korumaya ilişkin yükümlülüklerinden biri olan cezai sorumluluk düzenlemelerini daha işler kılmaktır. Bu nedenle, çalışmada hayvan ve çevre sağlığı dışarıda bırakılmış, konu GDO'lu gıdaların insan sağlığına olan etkisiyle sınırlandırılmıştır.

I. BİYOGÜVENLİK MEVZUATININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Gıda güvenliği ile ilgili değerlendirmelere dayanak teşkil eden ve genetiği değiştirilmiş organizmalar ile ilgili hükümler getiren Birleşmiş Milletler Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, Biyogüvenlik Kanunu (BgK)² ve bu kanuna dayanılarak hazırlanan Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelik (GDO Yönetmeliği) konu ile ilgili temel mevzuatı oluşturmaktadır. Gerekeçesi “sınırları ve esasları çok iyi belirlenmiş biyogüvenlik kurallarına duyulan ihtiyaç”³ olarak ifade edilen Biyogüvenlik Kanunu'nun amacı “Genetik yapısı de-

² 26 Mart 2010 tarih ve 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nun temelinde BM bünyesinde imzalanmış olan Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi ve Cartagena Biyogüvenlik Protokolü yer almaktadır. 4898 sayılı Kanunla kabul edilen Cartagena Biyogüvenlik Protokolü'nü Türkiye 2000 yılında imzalamış ve 2003'te onaylamıştır. (RG. 24.06.2003 Sayı: 25148) Bunlardan Cartagena Biyogüvenlik Protokolü, genetik olarak değiştirilmiş organizmaların sınır ötesi hareketleriyle ilgili, evrensel düzeyde bağlayıcı ilk hukuk belgesi olması nedeniyle büyük önem taşımaktadır. Protokol 1992 Rio Deklarasyonu'nun 15. ilkesinde yer alan “ihtiyatlılık ilkesi”ni hayata geçirmektedir: Zeynep, Kıvılcım, “Cartagena Protokolü ve Türkiye Biyogüvenlik Mevzuatı”, (Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, Y. 2012 C. 20, S. 1, s. 99-121), s. 101. Bu kanuna dayanılarak çıkarılan Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelik ile Biyogüvenlik Kurulu ve Komitelerin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik ve Kontrol Laboratuvarlarının Kuruluş, Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esaslarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik Biyogüvenlik Kanunu'nu tamamlayan başlıca düzenlemelerdir.

³ Biyogüvenlik Kanunu Tasarısı ile Çevre, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler, Avrupa Birliği Uyum ile Tarım, Orman ve Köy İşleri Komisyonları Raporları (1/789, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c064/tbmm23064074ss0473.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.07.2023).

ğıştirilmiş organizmalar ve ürünlerinden kaynaklanabilecek riskleri engellemek, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğin sağlanması amacıyla biyogüvenlik sisteminin kurularak uygulanması, bu faaliyetlerin denetlenmesi, düzenlenmesi ve izlenmesi ile ilgili usul ve esasları belirlemek” olarak ifade edilmiştir.⁴ Kanun temel olarak; GDO’ların insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevre ve biyolojik çeşitlilik üzerinde yol açabileceği risklere karşı tedbirler almak suretiyle riskin engellenmesi ve riskin gerçekleşmesi halinde doğacak zarara ilişkin sorumluluğun belirlenmesi ve tazminini düzenlemektedir. Risk değerlendirme süreci, önleyici tedbir olarak Kanun’un 3-7. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre; GDO’lu gıdaların ithalatı, ihracatı, deneysel amaçlı serbest bırakılması, piyasaya sürülmesi ve kapalı alanda kullanımına, bilimsel esaslara dayanan risk değerlendirmesi sonucunda Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından karar verilmektedir. GDO’ya dair analiz işlemleri, Bakanlık tarafından belirlenen laboratuvarlarca gerçekleştirilmektedir.⁵ GDO ve ürününün ilk ithalatı için gen sahibi veya ithalatçının, yurt içinde geliştirilen GDO ve ürünü için ise gerçek ve tüzel kişilerin bakanlığa yapacağı başvuru sonrasında, Bakanlığın yapacağı risk değerlendirmesinde BgK m.3/f.5’e göre uyguladığı kriterler şunlardır: “İnsan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevre ve biyolojik çeşitliliği tehdit etmesi”, “Üretici ve tüketicinin tercih hakkının ortadan kaldırılması”, “Çevrenin ekolojik dengesinin ve ekosistemin bozulmasına neden olması”, “GDO ve ürünlerinin çevreye yayılma riskinin olması”, “Biyolojik çeşitliliğin devamlılığını tehlikeye düşürmesi”, “Başvuru sahibinin biyogüvenliğin sağlanmasına yönelik tedbirleri uygulamak için yeterli teknik donanıma sahip olmadığının anlaşılması”. BgK m.3’e göre, “anılan risk unsurlarını içeren başvurular reddedilecek, içermeyenler için verilen onay kararı 10 yıl geçerli olacaktır.” Kanun’un 5. maddesi GDO ve ürünlerine ilişkin yasakları düzenlemektedir. Buna göre: “GDO ve ürünlerinin onay alınmaksızın piyasaya sürülmesi”, “Kurul kararlarına aykırı olarak kullanılması”, “genetiği değiştirilmiş bitki ve hayvanların üretimi”, “GDO ve ürünlerinin Kurul tarafından piyasaya sürme kapsamında belirlenen amaç ve alan dışında kullanımı” ve “GDO ve ürünlerinin Kurul tarafından piyasaya sürme kapsamında belirlenen amaç ve alan dışında kullanımı” yasaktır.

Önleyici tedbirler kapsamında düzenlenen bir diğer husus, riskin yönetimidir. Kanun’un GDO ve ürünlerinin piyasaya sürülmesinden sonraki süreci ele alan 7.

⁴ Biyogüvenlik Kanunu Madde 1.

⁵ Biyogüvenlik Kanunu m.7; Ülkemizde Bakanlığa bağlı kırk bir adet laboratuvar mevcut olup, bunların on tanesi GDO var/yok taraması, dört tanesi ise Türkiye’de izinli GDO’lara dair eşik analizi yapabilmektedir. Türkiye’de yasak olan tüm GDO’ların tanımlamasını yapabilen bir laboratuvarın bulunmayışı denetim eksikliğine ilişkin tartışmaları sık sık gündeme taşınmasına yol açmaktadır. Türkiye’de GDO’ların Denetim Zaafları, <https://www.greenpeace.org/turkey/Global/turkey/report/2014/06/GDO%20rapor.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.07.2023).

maddesi uyarınca; izin kararında belirtilen şartlara uyulup uyulmadığı, insan, hayvan, bitki sağlığı ile çevre ve biyolojik çeşitlilik üzerinde herhangi bir beklenmeyen etkinin denetimi Bakanlık tarafından ve Bakanlıkça belirlenen laboratuvarlarda gerçekleştirilmektedir. Sözü geçen yükümlülüklerin ihlali halinde ya da yeni bilimsel verilerin bir riski işaret etmesi durumunda verilen izin iptal edilebilmekte, izin kararı iptal edilen GDO'lu gıdalar toplatılmaktadır. BgK m.7/f.3'te, "GDO'lu gıdaların ülkeye girişi ve dolaşımında Bakanlığa beyanda bulunulması, gerekli kayıtların tutulması, etiketleme kurallarına uyulması, yeni bir risk ya da risk şüphesi öğrenildiğinde Bakanlıkla paylaşılması ve tedbir alınması", ilgililerin yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir. Bir diğer yükümlülük de Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelik m.23'te düzenlenen Bakanlık tarafından belirlenen eşik değerin üzerinde GDO içermesi halinde gıdanın etiketinde GDO içerdiğinin açıkça belirtilmesidir. Buna göre; analiz sonucunda üründe %0,9 ve altında GDO tespit edilmesi halinde bu durum GDO'lu ürün olarak değil, GDO bulaşanı olarak değerlendirilmektedir.⁶ Bu durumda ilgili gıda GDO'lu sayılmamakta ve öngörülen eşik değerin altında kaldığı için, etiket zorunluluğundan muaf olmaktadır. Sözü geçen eşik değeri aşan gıdaların ve yemlerin etiketlenmesi zorunlu olmakla beraber, etiketleme zorunluluğu GDO'lu yemlerle beslenen hayvanlardan elde edilen gıdalarda söz konusu olmamaktadır.⁷

Her ne kadar GDO'lu ürün için ithalatçı firmalardan ürün içindeki geni belirten uluslararası akredite laboratuardan alınmış analiz raporu ya da ürünün üretildiği/yüklendiği ülkenin yetkili otoritelerince düzenlenmiş belge ibrazı aransa da, bu uygulama sıkı bir denetim uygulamayan ülkelerde üretilen GDO'lu gıdaların ülkemize girişini kolaylaştırıcı bir risk unsurudur.⁸ Üstelik istenen bu belgenin getirilememesi durumunda da ithalata izin veren mevzuat, analiz sıklığına göre numune alınarak ve ürünü analize tabi tutarak, GDO tespit edilmesi halinde ürünün yurda girişine izin verilmeyeceğini düzenlemektedir. Bahsi geçen analiz sıklığı, risk içeren ülkeler ve risk içeren ürünlere göre değişmekte olup %5 ve %100 arası sıklıkta kontrolleri öngören bir tabloya göre yapılmaktadır.⁹ Bununla beraber, testlerle

⁶ Eşik değer, Biyogüvenlik Yönetmeliği uyarınca ürünün GDO'lu olarak etiketlenmesini gerektiren eşik olarak tanımlanmıştır. Bir ürün, GDO'suz bir şekilde üretilmek istense dahi, üretim, hazırlama, paketlenme ve nakliye sırasında ya da çevresel nedenlerle GDO bulaşma riski bulunmaktadır. Bu nedenle Avrupa Birliği %0.9 olarak kararlaştırdığı eşik değerin altındaki ürünleri GDO'suz kabul etmekte, Türkiye de aynı yaklaşımı uygulamaktadır.

⁷ Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelik, m.18.

⁸ Yusuf, Güleşçi, "5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nun İncelenmesi", (Sağlık Hukuku Digestası, Y. 2012, C. 2, S. 2, s. 159-180), s. 174.

⁹ Örneğin riskli addedilen ülkeler için soya sütü analiz sıklığı %100 iken, diğer ülkelerde bu oran %20 olarak uygulanmaktadır. Biyogüvenlik Mevzuatı Uygulama Talimatı, [https://vskn.tarimorman.gov.tr/pendik/Belgeler/BIYOGUVENLIK_MEVZUATI_UYGULAMA_TALIMATI_30.05.2018_Degisikligi_pdf.%20\(1\).pdf](https://vskn.tarimorman.gov.tr/pendik/Belgeler/BIYOGUVENLIK_MEVZUATI_UYGULAMA_TALIMATI_30.05.2018_Degisikligi_pdf.%20(1).pdf), (Erişim Tarihi: 29.07.2023).

GDO içeriğinin saptanabilmesi ancak gıda üretiminin ilk aşamalarında mümkün olmaktadır. Gıdanın son hali üzerinde yapılan testler, sürecin başında gerçekleşen bir genetik müdahaleyi göstermeyebilir. Oysa mevzuata göre: “GDO ve ürünleri ile GDO’lardan elde edilen ürünlerin son tüketicieye ulaşıncaya kadar izlenebilirliğini sağlamak” kamu makamlarının yükümlülüğü olarak öngörülmüştür. Onaylanmayan GDO içeren gıdaların ülkeye girişine izin verilmezken, onaylananlara %0,9’dan fazla GDO içerdiğinde etiketlenmek şartıyla izin verilmektedir. Diğer yandan, eşik değerin Avrupa Komisyonu’nda yüzde 1, Parlamentoda yüzde 0.5 olarak öngörülürken nihai olarak yüzde 0.9 olarak belirlenmesi, bu oranın ülkeden ülkeye farklılık arz etmesi, eşik değer tespitine ilişkin keyfilik tartışmalarını gündeme taşımaktadır.¹⁰ Zira, bu eşğin hangi bilimsel kriter doğrultusunda 0.9 olarak belirlendiği, GDO’lu gıda kaynaklı hak ihlallerinin tespiti açısından hayatidir. Sözün özü bir yandan etiketleme yükümlülüğünün kabulü, diğer yandan GDO ve ürünlerinin bebek mamaları ve bebek formülleri, devam mamaları ve devam formülleri ile bebek ve küçük çocuk ek besinlerinde kullanılmasının yasaklanması (BgK m.5), devlet tarafından GDO’nun bir risk unsuru olarak görüldüğünün en önemli göstergeleridir. Bununla birlikte, ilgili mevzuat bir bütün olarak değerlendirildiğinde, GDO’lu gıdalara ilişkin “risk”in çerçevesinin belirsiz olduğu açıkça görülmektedir. Riskin muğlaklığı, riske karşı alınacak tedbirlerin “zarar” kavramına indirgenmesine yol açmıştır.¹¹ Zarar kavramı ise bir ispat sorununu ve özünde bir ispat güçlüğüne beraberinde getirmektedir. Zira zararın tazmininin gerçekleşebilmesi için öncelikle zarar görenin uğradığı zararı ispat etmesi gerekmektedir. Üstelik BgK bu noktada zarar gören için tahdidi bir sınırlama öngörmüştür. BgK m.14/f.3’e göre; “zararın genetiği değiştirilmiş organizmaların sahip olduğu yeni özelliklerden veya organizmaların yeniden üretiminden veya değiştirilmesinden ya da organizmaların değiştirilmiş materyalinin başka organizmalara geçişinden” kaynaklanması gereklidir. Şu halde, zarar gören kişi zararını ispatla yükümlü olmakla birlikte, sayılan hallerin dışında gerçekleşecek bir GDO’lu gıda kaynaklı zarar durumunda tazminat isteyememektedir.¹² Nitekim, Türk Anayasa Mahkemesi de içtihatlarında hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin etkin hale gelebilmesi için, başvuruca hakın ihlaline ilişkin somut kanıtlar sunmasını beklemektedir. Mahkeme, GDO’lu gıdalara ilişkin kararında da aynı yaklaşımını sürdürmüş ve kanunda zarara ilişkin bahsi geçen nedensellik bağı aramıştır.¹³ Türk Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında

¹⁰ Aykut, Çoban, “Türkiye’de GDO Düzenlemesi ve Sosyo-Ekolojik Sorunlar”, Görünmez Elin Ekolojisi Biyogüvenlik ve GDO, Ed. Ekoloji Kolektifi, Ankara, 2010, 1. B., s. 61-62.

¹¹ Ilgın, Özkaya Özlüer/Fevzi, Özlüer “Biyogüvenlik Yasası Korkunun Ekolojisi”, Görünmez Elin Ekolojisi Biyogüvenlik ve GDO, Ed. Ekoloji Kolektifi, 1. B., Ankara 2010, s. 32.

¹² Biyogüvenlik Kanunu m.14.

¹³ AYM, Başvuru No: 2013/6595, §75.

hak ihlali için kişiye doğrudan zararlı bir etkisinin varlığını tespit eden kesin bilimsel verilerin mevcudiyetini araması, etkileri uzun vadede ortaya çıkan GDO'lu gıdalar bakımından konuyu çininden çıkılması güç bir hale getirmektedir.

II. CEZAI SORUMLULUK

A. Güvenli Gıda - Tüketilebilir Gıda ve İhlal İlişkisinin Değerlendirilmesi

Güvenli gıda, gıda güvenliği çinden çıkmış bir terim olduğu için öncelikle gıda güvenliğini belirlemek gerekmektedir. Gıda güvenliği; "gıdada oluşabilecek fiziksel, kimyasal, biyolojik, mikrobiyolojik ve tüm zararların elemine edilmesini sağlayacak tedbirlerin bütünü" ifade ederken, güvenli gıda, "amacına uygun hazırlanmış fiziksel, kimyasal ve mikrobiyolojik özelliklerinin tüketime uygun olduğu ve besin değerinin korunduğu gıdaları"¹⁴ ifade etmektedir. Bu noktada, güvenli gıda aslında temelde iki şeyi içermektedir: İnsan sağlığı için tehlike oluşturmayan gıda ve tüketime uygun gıda. Tehlike oluşturmamak ifadesi, belirli bir düzeye kadar olan risk değerlendirmesinin uygunluğunu da içerdği için bu iki kavram arasında derin farklar vardır. Güvenli gıda bu açıdan sağlıklı beslenme ile doğrudan ilişkili olan ve gıda ile ilgili üretim, nakliye vb. süreçlerde meydana gelen kontaminasyon,¹⁵ bozulma ve benzeri gibi fiziksel tahribi ifade eden durumları içine almaktadır. Diğer açıdan ise gıda maddelerinin temininde kullanılan gıdaların bir tür kimyasal sürece maruz kalarak genetik mutasyon geçirmeleri, gen dizilimleri ile oynanması sonucu ancak laboratuvar ortamında tespit edilebilecek boyutta, insan sağlığı açısından ciddi ve hatta henüz öngörülemeyen riskleri olan dinamik bir durumdur. Dolayısıyla ikincil olarak belirtilen durum, Türk Ceza Kanunu'nda¹⁶ düzenlenmiş olan suçlardan farklı bir içerik taşımaktadır. Burada doğrudan güvenilir olmayan gıda bağlamında; VHBSGYK¹⁷ m.21/f.1a'da, "*İnsan sağlığı için tehlike oluşturan ve tüketime uygun olmayan gıda*"nın, "*güvenilir olmayan gıda*" kabul edileceği belirtilmiş ve kanuna göre iki tür güvenilir olmayan gıdadan bahsedilmiştir. O halde burada ele aldığımız başlıkların tam aksi, güvenilir olmayan gıdayı belirtmektedir. Bunlar; "*insan sağlığı için tehlike oluşturan gıda*" ve "*tüketime uygun olmayan gıda*"dır.¹⁸ Ancak gıda anlamında salt TCK m.185 ve devamındaki bazı suçlar için dahi bu durumun ihlalle ilişkilendirilen nedensel bir işlemle tespiti gerekmektedir. Bu anlamda "ihlal", gıdanın ancak insan sağlığı üzerinde etki gösterebilmesi ile tespit edilebilir

¹⁴ Mehmet, Beykaya, "Türkiye'de Gıda Endüstrisinde Gıda Güvenliği ve Denetimlerin Rolü: İğdir İli Örneği", (İğdir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, Y. 2020, C. 10, S. 1, s. 260-270), s. 262.

¹⁵ Bulaşma.

¹⁶ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

¹⁷ 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu.

¹⁸ Mehmet, Maden, "Gıda Ceza Hukukunun Bazı Temel Kavramları ve Genel Yapısı Üzerine Muka-yeseli Bir İncelemesi", (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Y. 2019, C. 7, S. 1, s. 81-91), s. 88.

olmaktadır. Bilindiği üzere suç, ihlal anlamında, toplum düzenini önemli ölçüde bozan tipik fiillerin öngörülen düzeyde zarar veya tehlikeye sebep olması ile tanımlanmaktadır.¹⁹ “Bir fiilin suç olabilmesi için en önce gelen unsur işlenen fiilin kanundaki model veya tipe uygun olmasından ibarettir.”²⁰ Ancak cezai sorumluluk, tipikliği gerçekleştiren her eylemin icrası ile doğmamaktadır. Bu nedensel işlemin tespiti önemlidir. Bununla tipik fiili doğru ilişkilendirebilmek için, ihlalle birlikte kullanılan terminoloji de önemlidir. Bu kapsamda, BgK m.15’te “ihlal”le; ihlalin ortaya çıkardığı sonuç değil, ihlal öngörülen davranışın yapılması ilişkilendirilerek, sırf davranış suçu modeli ortaya çıkmaktadır.

Cezai sorumluluk bakımından ihlal anlamında dikkati çeken ilk nokta, BgK m.5’te yasaklar başlığı altında yasak olan fiillerin belirtilmesi, ancak bu fiillerin yaptırımsız bırakılmış olmalarıdır. Bu fiiller; “Onay alınmadan piyasaya sürülen, Kurul kararlarına aykırı olarak kullanılan GDO ve ürünleri, bunlarla gen yapısı değiştirilen bitki ve hayvan üretimi yapılması, öngörülen piyasaya sürülme amacının dışında kullanım ile bebek mamaları, devam formülleri, bebek ve küçük çocuk ek besinlerinde kullanılmasıdır.” Öncelikle, BgK m.5/d’de yer alan kategorinin insan sağlığının kırılgan gruplar dışında da anayasal bir hak olarak korunması, devlete düşen bir görev olup, sağlık hakkı çerçevesinde bir yasak düzenlenmesinin getirilmesini gerektirmektedir. Ancak yasak fiillerin tek başına yasak olduğunun tespit edilmesi, metne yazınsal anlamda bir ifade katsa da cezai sorumluluk bakımından bir önemi yoktur. Zira, yaptırımı yapılandıran bir somut norma ihtiyaç duyulması, kanunilik ilkesinin gereğidir. Bu konuda düşünülebilecek bir başka ihtimal söz konusu maddenin bu açıdan bir eksik ceza normu olarak nitelenebilmesidir. Bu görüşün tutarlılığı için, müeyyide kısmının tamamlanabileceği başka bir kanuni kaynağın olması gerekmektedir. Söz konusu norm başka bir kanuni kaynak ile tamamlanamazsa, bu durumda bir görüşe göre, bu tip bir norm hukuk normu olarak dahi nitelenememektedir.²¹ Buna ilişkin olarak BgK’na bakıldığında, bu fiillerden BgK m.14 uyarınca hukuki sorumluluk doğması mümkün olduğu gibi²² BgK m.15 ile ilişkilendirilmesi halinde cezai sorumluluğun da doğması da mümkündür. Eksik ceza normlarında normun mantıksal yapısının kanunun çeşitli hükümlerinden normun bir parçasını teşkil eden yapı ile bağlanabildiği²³ düşünüldüğünde yaptırımın

¹⁹ Ayhan, Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 1. B., İstanbul 1992, s. 6.

²⁰ Sulhi, Dönmezer/Sahir, Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 15. B., İstanbul 2021, s. 9.

²¹ Zeki, Hafizoğulları/Muharrem, Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. B., Ankara 2016, s. 67; Zeki, Hafizoğulları, Ceza Normu, 2. B., Ankara 1996, s. 280.

²² Sorumluluğun şartları bakımından bknz. Damla, Gürpınar, “Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 15, Özel Sayı, s. 1067-1110), s. 1084.

²³ Hafizoğulları/Özen, s. 67.

hukuki sorumluluğu düzenleyen BgK m.14 hükmü ve cezai sorumluluğu düzenleyen BgK m.15'te yer alan fıkralarla ilişkilendirilmesi mümkün görünmektedir. Cezai sorumluluğun esası BgK m.1'de düzenlenmiş olan amaç maddesiyle ilişkilidir. Maddede genetiği değiştirilmiş organizma ve ürünlerinin belli riskleri barındırdığı, özellikle insan ve biyolojik çevre açısından zarar verme potansiyeline sahip olduğu ve bu riskleri engellemenin gerekliliği ortaya konulmaktadır. BgK m.3'te ise "... GDO veya ürünlerinin ithalatı, ihracatı, deneysel amaçlı serbest bırakılması, piyasaya sürülmesi ile genetiği değiştirilmiş mikroorganizmaların kapalı alanda kullanımına, bilimsel esaslara göre yapılacak risk değerlendirmesine göre karar verileceği" düzenlenmektedir. Buradan hareketle BgK m.5 kapsamında düzenlenen risk değerlendirmesine ve Biyogüvenlik Kurulu kararlarına aykırı olarak kullanılan GDO ve ürünlerinin öngörülen piyasaya sürülme amacının dışında kullanımı, gen yapısı değiştirilen biyolojik organizmaların üretiminin yapılması ve bu ürünlerin bebeklerin beslenmesi ile ilgili anılan ürünlerde kullanılması yasaklanmış olan faaliyetler kapsamındadır. BgK m.15'te ise aynı suç tipinin 1-4. fıkralarında farklı işleniş şekilleri ile düzenlendiği görülmektedir. BgK m.5'te anılan yasak faaliyetlerin, BgK m.15/f.1-f.4'te anılan hareketler ile işlenmesi durumunda bu suçlarla korunan hukuksal değer olan sağlık hakkının ihlali nedeniyle cezai sorumluluk doğacaktır. BgK m.15/f.1'de "ithal etmek, üretmek ve çevreye serbest bırakmak" hareketi ifade edilmektedir. Bunlardan çevreye serbest bırakmak hareketi 5909 sayılı Çevre Kanunu m.2 ile birlikte değerlendirilebilir. 5909 sayılı Çevre Kanunu'nun tanımlar başlıklı 2. maddesi çevre kirliliğinden bahsetmektedir. Buna göre GDO ile "Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etkiyi" GDO ile ortaya çıkaracak serbest bırakma faaliyeti çevreye serbest bırakmak kavramının içinde değerlendirilmelidir. Bgk m.15/f.2 kapsamında "GDO ve ürünlerini ithal izninde belirtilen amaç dışında insan sağlığını bozacak şekilde kullanmak, satmak, devretmek, bu özelliğini bilerek ticari amaçla satın almak, kabul etmek, nakletmek ve bulundurmak" hareketleri ile işlenmesi cezalandırılmaktadır. BgK m.15/f.3 kapsamında 2. fıkradan farklı olarak "İşlenen GDO'lardan elde edilen ürünler"den bahsedilmektedir. Bu ürünlere 2. fıkrada anılan hareketler yapıldığında cezai netice ortaya çıkacaktır. BgK m.15/f.4'te ise, "Yalan beyanda bulunarak bu kanun hükümlerine göre alınması gereken işletme iznini almak hareketi" ile "Bu izne dayalı olarak GDO'ların, GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin ithal edilmesi, işlenmesi, kullanılması, satışa arz edilmesi, satılması, devredilmesi, kabul edilmesi, nakledilmesi veya bulundurulması" hareketi cezalandırılmaktadır. Burada bağlı hareketli suç düzenlenmiştir. Madde metninde yer alan "Bu kanun hükümlerine göre" ifadesine bağlanan hareketler için bu ifade GDO'ların, GDO ve ürünlerinin ve GDO'lardan

elde edilen ürünler için resmi makamların onayına bağlı işletme izninin yalan beyanda bulunarak alınmasını ve buna bağlı olarak ürünlerle ilgili maddede anılan hareketlerin yapılmasını düzenlemektedir. Bu kapsamda BgK m.3 başvuru, değerlendirme ve karar vermeye ilişkin usulü düzenlediği için BgK m.15/f.4 bu maddeye atıf yapmaktadır. Suç bağlı hareketli suç olduğu için yalan beyanda bulunmayarak anılan hareketlerle suç oluşmayacaktır.

Bir başka mesele BgK m.15/f.4'te yer alan "*Fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı taktirde*" ifadesidir. Bu bağlamda madde asli ve tali norm kapsamında incelenmelidir. Bu ifade normun yardımcı norm olduğu bilgisini bize vermektedir. Bu ilişkinin bulunduğu hallerde olaya uygulanacak tek norm asli normdur. Bu suçla birlikte TCK m.185/f.1 zehir katarak bozmak ve başka suretlerle bozmak hareketleriyle işlenerek gündeme geldiğinde, yapılacak lafzi yorumla, ifadenin görünüşte içtima ilişkisine işaret ettiğini tespit edebiliriz. Yardımcı normun sonralığı ilkesine göre, asli normun bulunduğu hallerde yardımcı norm fiile uygulanamayacaktır. Görünüşte içtima ilişkisinde suçların çokluğu sadece görünüşte olup, fiile uygulanacak tek norm bulunmaktadır.²⁴

BgK m.15/f.1-4 arasında anılan bu hareketlerin BgK m.5 kapsamında tanımlanmış yasaklarla birlikte işlenmesi durumunda cezai sorumluluk doğacaktır. Örneğin BgK m.5/f.1/c'de yer alan "*genetiği değiştirilmiş hayvanların üretilerek*" BgK m.15/f.2'de belirtilen "*ticari amaçla satılıp nakledildiğinde*", BgK m.15/f.2 bağlamında cezai sorumluluk doğacaktır.²⁵ BgK m.5/f.1/c'de genetiği değiştirilmiş hayvanların üretimi yasaklanmış, ancak ithali yasaklanmamıştır. Bu hayvanların ithaline ilişkin işlem yapıldığında, BgK m.15/f.1 ifadesinde yer alan "bu kanun hükümlerine aykırılık" ve "ithal etmek" ifadeleri birlikte değerlendirilerek aynı şekilde ithalin de cezai sorumluluk doğuracağı sonucuna ulaşılabilmektedir. BgK m.5 genel olarak kanun kapsamında izlenilmesi gereken prosedürün izlenmemesini, bu prosedürün ilgili usule göre takip edilmemesini, doğrudan genetiği ile oynanmış bitki ve hayvan üretimi ile bu ürünlerin bebeklerle ilgili beslenme ürünlerinde kullanımını yasaklamaktadır. Yasayın kapsamını belirlemek için BgK m.3 ve 4 hükümleri değerlendirilmelidir. Dolayısı ile BgK m.5 GDO'lu ürünler ile ilgili prosedürlere atıf yaptığından BgK m.15/f.1'de yer alan "*Bu kanun hükümlerine aykırı olarak*" ifadesini karşıladığı görülmektedir. Madde bu bakımdan bir atıf normu görünümündedir.

²⁴ Mahmut, Koca/İlhan, Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. B., Ankara 2021, s. 551, Büşra Sevede Çubukçu, "Türk Ceza Hukuku'nda Görünüşte İçtima", (Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2019, C. 14, S. 154, s. 1181-1190), Haziran 2019, s. 1187.

²⁵ Bu suçların niteliği sırf hareket suçlarıdır. Bu nedenle ayrıca somut bir zarar ve neticenin gerçekleşmesi madde metninde yer almamaktadır. İnsan sağlığı ve çevre açısından bir zarar görme tehlikesinin ortaya çıkması yeterlidir. İşlenen suç veya suçlar anılan yasak hareketlerin gerçekleşmesi ile tamamlanacaktır.

Bu konuyla ilgili bir başka tartışma da 14. maddedeki düzenlemeden 15. maddede kapsamında cezai bir sorumluluğun anlaşılıp anlaşılmayacağı noktasındadır. Maddede “GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyetlerde bulunanlar, bu Kanun kapsamında izin almış olsalar dahi, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanmasına karşı oluşan zararlardan sorumludur. Bu sorumluluk, GDO ve ürünlerinin, başvuru ve kararda yer alan koşulları sağlamadığının anlaşılması durumunda zarar oluşmasa dahi geçerlidir.” denilmektedir. Bilindiği gibi, hukuki sorumlulukta temel esaslardan biri, zarar olmazsa sorumluluğun doğmayacağıdır. Hükümle buna istisna mı getirilmektedir? Yoksa başka bir anlam mı ifade edilmektedir? Bir görüşe göre, zarar unsurunun sorumluluğun olmazsa olmaz unsuru olması nedeniyle, burada kastedilenin idari ve cezai sorumluluk olduğudur. İdari ve cezai sorumluluk için, özel hukuk manasında bir zararın meydana gelme zorunluluğu olmayıp, salt kamu düzeninin bozulması da yeterli olacaktır. Burada yasaklanan veya izni gereken bir faaliyetin izin alınmadan yapılması yeterlidir. Bununla birlikte 15. maddede cezai hükümler başlığı altında yapılan düzenlemenin kanun yapma tekniğine uygun olmadığı söylenebilecektir.²⁶ BgK'nun 14. maddesinin üçüncü fıkrasına bakıldığında, “Ortaya çıkan bir zararın GDO'lardan kaynaklandığının kabul edilebilmesi için, zararın organizmaların sahip olduğu yeni özelliklerden veya organizmaların yeniden üretiminden veya değiştirilmesinden ya da organizmaların değiştirilmiş materyalinin başka organizmalara geçişinden kaynaklanması gerekir. Zararlardan kaynaklanan sorumluluğun tespitinde; zararların tarım, orman, gıda ve yem ürünlerinin içindeki genetik değişiklikten kaynaklanmış olup olmadığı göz önünde tutulur.” denilmektedir. Buradan hareketle GDO'suz haline dahi alerjik reaksiyon gösterilen bir üründen, üreticiyi bu alerjik tepkiden dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir. Çünkü ortaya çıkan zarar, nedensellik bağı noktasında netice GDO içermesi nedeniyle değil, salt alerjen nitelik taşımasından kaynaklanmış olabilir.²⁷ Geniş anlamda bakıldığında, yaralama ve ölüm sonuçlarının meydana gelmesi de bu zarar ve sorumluluk kapsamının içindedir.²⁸ Bununla beraber, hukuki sorumluluk için de cezai sorumluluk için de nedensellik bağının tespiti önemlidir. Ancak hukuki sorumluluk için, zarar şartı arandığından bu nedensellik bağının tespitinde zararın mutlaka ve doğrudan GDO ve ürünlerinden kaynaklanması gerekmektedir.²⁹ Bu noktada BgK m.5 itibarı ile anılan yasakların cezai sorumluluk anlamında betimsel kalmaması için ilkesel

²⁶ Beşir Fatih Doğan/Esra Işıқтаç, “5977 Biyogüvenlik Kanunu Kapsamında Temel Esaslar ve Hukuki Sorumluluk”, (Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2023, C. 5, S. 1, s. 33-79), s. 60, 61.

²⁷ Gürpınar, s. 1088.

²⁸ Bu noktada yerinde olarak kanun koyucunun kanun yapma tekniğine aykırı hareket ettiği sonucuna varılabileceği, çünkü Kanunun 15. maddesinde idari ve adli cezalar adı altında bir düzenleme yapıldığı ifade edilmektedir: Doğan/Işıқтаç, s. 61.

²⁹ Gürpınar, s. 1088.

anlamda tek bir çözüm kullanılabilir durumdadır. Bu da bu fiillerin BgK m.15/f.1 ve devamındaki fiillerle ilişkilendirilerek (ithal etmek, üretmek, çevreye serbest bırakmak), BgK m.15 kapsamında cezalandırılmalarıdır.³⁰ BgK m.15 bu çerçeveyi belirlediği için bu çerçevenin dışına çıkan, amaca bağlı olarak öngörülen hareketlerle işlendiğinde, fiil suç teşkil edecek ve cezai sorumluluk doğacaktır. Yine bununla ilişkili olarak, deneysel amaçlı serbest bırakma faaliyetleri ulusal mevzuatımızda ayrıca düzenlenmediği için GDO'ların kapalı alanda kullanımı ve buna ilişkin ihlaller ile diğer faaliyetler anlamındaki düzenlemeler için düzenleme bulunan GDO Yönetmeliği'ne³¹ gitmek gerekmektedir. Avrupa Birliği Mevzuatı'na bakıldığında, yalnızca GDO'nun piyasaya arzından önceki deneme maksatlı serbest bırakma faaliyetlerini değil, aynı zamanda deneme aşamasından sonra piyasaya arz edildiği zamanki GDO'lara dair düzenlemeleri de içerdiği görülmektedir. Yine deneme teriminin AB'nin bu alandaki mevzuatı birlikte değerlendirildiğinde deneysel maksatlı serbest bırakma kapsamında yer alan uygulamalar olarak anlaşılması daha yerinde olacaktır.³² Örneğin, bu anlamda GDO'ların yalnızca açık alan, sera ve laboratuvar harici ortamdaki denemelerine izin verilecektir. O halde cevaz verilen alanlar dışındaki denemeler de ihlal teşkil edecektir. (GDO Yönetmeliği m.4/f.1b. a, BgK m.2/f.1/b.1) Nitekim TCK'da bu bağlamda bazı suçlar düzenlenmiştir. Kamunun sağlığına karşı suçlar bahsinde yer alan bu suçlardan TCK m.185'te düzenlenen "Zehirli madde katma" ile TCK m.186'da düzenlenen "Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti" suçları ise somut tehlike suçu olarak düzenlenmiş olan suçlar olmalarına karşın, gıda güvenliğini ihlal eden tehlike iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan biri doğrudan GDO'lu ürün katkısı olarak ortaya çıkan ya da yakın veya uzak gelecekte ortaya çıkma ihtimali olan soyut bir tehlike iken, diğeri daha öngörülebilir, insan sağlığı açısından eşik değerin çok üzerinde ortaya çıkan somut bir tehlikedir. Bununla birlikte, cezai sorumluluk BgK'nın tamamı ve GDO Yönetmeliği'nde de tamamlayıcı unsurlar olarak belirlenen ve ihlalle ilişkilendirilen tüm esasların dışına çıkılması olarak belirlenmektedir.³³ Bu esaslar birlikte değerlendirildiğinde ilk olarak, insan sağlığına etkisi boyutunda ortaya çıkma ihtimali bulunan bir tehlikeden bahsedilebilecekken, diğeri bakımından insan sağ-

³⁰ Bu seçenek olanaklıdır. Zira, yasa koyucu BgK m.15 birinci fıkrada cezai sorumluluk bağlamında, fiili, kanunun hükümlerine aykırılıkla ilişkilendirirken, ikinci ve üçüncü fıkralar için cezai sorumluluk doğrudan bu kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde belirlenmiştir. Benzer yönde Mustafa, Özen, Gıda Hukuku, 2. B., Ankara 2015, s. 67; "Glifosat Davasında Karar Monsanto'ya 254 Milyon Ceza", The Guardian, 14 Ağustos 2018, <https://www.eurotopics.net/tr/204669/glifosat-davasinda-karar-monsanto-ya-254-milyon-ceza#>, (Erişim Tarihi: 20.09.2023). Söz konusu kararda şirketin bahçıvanı kansere yakalanmış ve şirket tehlikelere karşı bahçıvanın yeterince uyarılmaması nedeniyle tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.

³¹ Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelik, m.8, 9, 10, 11.

³² Mehmet Nafi, Artemel, Biyogüvenlik Hukuku, 1. B., İstanbul 2014, s. 97, 100.

³³ Bu esasları BGK m.5, m.14 ve m.15'ten ve GDO Yönetmeliği m.6'dan çıkarabilmek mümkündür.

lığı açısından tespiti olası bir tehlikeye atıfta bulunmaktadır. İlki bakımından “zarar kavramının, tehlikeye eşlik eden, onun gerçekliğini ve ciddiyetini doğrulayan ve onu yapılandıran bir kavram olduğu”³⁴ söylenebilir. Diğer tehlike ise, olasılık dahilinde bir tehlikedir. Fakat, tehlike kavramının soyut oluşu nedeniyle, kavramı somut içeriklerle belirleyebilmek fevkalade zordur. Bunun için özellikle tehlikenin yoğunluğunu ve ağırlığını belirleyebilmek için bir kavramın yardımcı kavram olarak kullanılması gerekmektedir. Bunun için kullanılacak yegane kavram zarar kavramıdır. Kavramın doğru olarak tespiti adına onu temelleri, hangi kriterlerin kullanıldığı ve hangi aşamada olduğunu belirleyerek ele almak mümkündür. Çünkü kavramın esasında bulunan olgusal gerçeklikler onun vasıfları ve ölçülebilir yanları ile ilgili farklı şekillerde görünüm teşkil ederek, tehlikenin sonucu üzerinde etki gösterebilir ve sonucun farklı olarak oluşmasını sağlayabilirler. Örneğin, metan gazının arz ettiği tehlike bakımından patlama derecesinin boyutunun ne kadar olduğu tespit edilirken, gazların mevcut çeşitliliğine, karışımdaki miktarına bakılarak patlama noktasına ne kadar yakın olduğunun tespiti ile ilgili bir değerlendirme yapılır. Bu değerlendirme sonucunun, hem olgusal manada hem de maddenin en küçük birimi ile ilişkisi tespit edilerek nihai bir değerlendirmede bulunulur.³⁵ Bu nedenle, bu anlamda bir tehlike için, teknik-hukuki kriterlere gereksinim bulunmaktadır. Ancak kanunda, bu iki alan da hareket üzerinden yapılandırılmıştır. Örneğin, somut tehlike suçunda hukuki gerekçe, failin hareketiyle suçun hukuki konusunun somut bir şekilde zarara uğraması riski iken; soyut tehlikede, gelecekte oluşması ve gelişmesi mümkün olan bir tehlikeden ziyade, suçun hukuki konusu üzerindeki uygunluktur.³⁶ “Yine tehlike kastını zarar kastından ayırmaktaki yarar özellikle tehlike suçlarında böyle bir kastın aranmasının gerekliliğinde göze çarpar. Bir teh-

³⁴ Francesco, Viganò, Stato Di Necessita'e Conflitti Di Doveri, 1. B., Milano 2000, s. 581.

³⁵ Francesco, Palazzo, Introduzione Ai Principi Del Diritto Penale, 1. B., Torino 1999, s. 150-151; KAN, Çağrı, Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, 1. B., Ankara 2018, s. 165-166.

³⁶ Koray, Doğan, “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimaı Sorunu”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2014, C. 5, S. 16, s. 179-208), s. 182, 184. Bu nedenle, soyut tehlike suçlarında, suçun konusu üzerinde gerçekten bir tehlikenin meydana gelip gelmediğini araştırıp tespit etmeye gerek yoktur. Yasa koyucu soyut tehlike suçlarında yasal tanımdaki hareketin yapılmasıyla suçun konusu bakımından bir tehlikenin ortaya çıkacağını varsaymaktadır. Kısaca, somut tehlike suçlarında gerçek bir zarar tehlikesinin meydana gelmiş olması gerekirken; soyut tehlike suçlarında, hareketin yapılması yeterli olup, ayrıca somut bir tehlikenin meydana gelmesi gerekmez; Murat Volkan, Dülger, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. B., İstanbul 2021, s. 352, 353. Soyut tehlike suçlarında tehlikenin meydana gelmesi aranmadığından hareketin icra edilmesiyle ya da ihmali bir davranışla suç tamamlanmaktadır. Zarar ve tehlike kavramları arasındaki ardışıklık ihtimal ilişkisi olarak gözükmemekte ancak tehlike ile hangi kavram arasında bu ihtimal ilişkisinin olduğuna dair bir belirleme bulunmamaktadır. Bunun için risk kavramının belirlenmesi, anlam yönünden tehlikeden başka bir sonuca bizi götürmemektedir. Buna göre, somut tehlikede, belirli bir hukuki değere yönelen risk, ciddi bir artış göstermektedir. Soyut tehlike suçlarında, bunu tehlike ihtimali veya zarar imkanı olarak belirleyebiliriz. Bu noktada zarar imkanı olarak belirlemek daha açık bir belirleme olacaktır: Osman Gazi, Ünal, Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları, 1. B., Ankara 2023, s. 288.

*like suçu söz konusu ise failin tehlikeli neticeyi istemiş olduğu da sabit olmalıdır. Bundan doğacak tehlikeli netice öngörülüp irade edilmedikçe bu gibi tehlike suçlarında sözü geçen kastın bulunduğu anlaşılmalıdır fiilin manevi unsuru da gerçekleşmiş olmaz.*³⁷ Buna ilişkin bir örnekte, Alman Federal Mahkemesi, tehlike terimini bilimsel açıdan tanımlamak ve sınırlarını çizmekten itinayla imtina ederek, onu gerçek fakat hukuki olmayan bir kavram olarak telakki etmektedir. Mahkeme, somut tehlikeyi genel bir kavram olarak değil, yalnızca somut olayın özel ilişkilerini göz önüne alarak ve salt somut olay bakımından belirlemektedir.³⁸ Öğretide, tehlike suçlarının ayrıma tabi tutulduğu bilinmektedir. Somut tehlike, somut olayda hakim tarafından hareketin tespit edilip, gözden geçirilerek ortaya çıkarılması gereken bir tehlikedir.³⁹ Bu noktada, hakimin tarafsızlığı meselesi gündeme gelecektir. Soyut tehlike suçlarında ise, yukarıda anılan ölçütlerin aksine, hareketin yapılması yeterli görülmektedir. Bu da söz konusu tehlikenin araştırılıp saptanmasına gerçekten gerek olmayan bir tehlikedir. Kanuni tanımdaki hareketin yapılmasıyla suç tipindeki tehlikenin ortaya çıkacağı varsayılmaktadır.⁴⁰ Hareketin tespit edilemediği noktada da yine benzer bir sıkıntı ortaya çıkacaktır. Tüm bu ifadeler değerlendirildiğinde, soyut ve somut tehlikenin de subjektif ve objektif nitelikleri bünyelerinde barındıran kavramlar olduğu anlaşılmaktadır.

BgK m.3/f.1'de "*ürünlerin ithalatı, ihracatı, deneysel amaçlı serbest bırakılması, piyasaya sürülmesi ile genetiği değiştirilmiş mikroorganizmaların kapalı alanda kullanımına, bilimsel esaslara göre yapılacak risk değerlendirmesine göre*" karar verileceği düzenlenmiştir. Yine GDO Yönetmeliği 6. maddede de bu konuda bir düzenleme bulunmaktadır. Aynı Yönetmeliğin 8. maddesine göre risk oluşturmayacağı kararı verilen bu GDO veya ürünleri için 6. madde kapsamında tanımlanan fiiller olan "*ithalat, ihracat, deneysel amaçlı serbest bırakma, piyasaya sürülme ve kapalı alanda kullanım*" ve BgK m.3'te yer alan risk oluşturmayacağı belirtilen başvurular on yıllık süre şartına bağlanmıştır. Oysa risk denilen kavramın ceza hukuku açısından tehlike sorumluluğu anlamında özellikle kast açısından bir noktada ele alınabilmesi ve sağlıklı değerlendirilebilmesi için öngörülebilir olması ve bu öngörülebilirliğin de belirlenebilir düzeyde olması ge-

³⁷ Dönmezer/Erman, s. 481, 482.

³⁸ Veli Özer, Özbek, "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Sorunu", Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, 1. B, Ankara 2004, s. 461-462: "*Federal Mahkeme'nin ortaya koymuş olduğu bu yaklaşım özellikle yakın tehlike ve zarar verme olasılığı gibi kavramların hakimın yaşam tecrübesine bağlı kavramlar olduğu ve objektif bir ölçü ortaya koyamaması*" bakımından eleştirilmiştir.

³⁹ Kayıhan, İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. B., İstanbul 2021, s. 288.

⁴⁰ İçel, s. 288. Buradaki tehlikeyi objektif bir cezalandırma şartı olarak değil, suçun netice unsuru olarak kabul etmek gerekir. Dolayısıyla failin kastı bu tehlikeyi kapsamalıdır. Zamanaşımı da kanuni tanımdaki hareketin yapılmasıyla başlamaktadır.

rekmetedir. Risk kavramı, zarara uğrama tehlikesi anlamında kullanıldığında, tehlike kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılacaktır.⁴¹ Ancak risk, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.3/f.1/b.o hükmünde “*Tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaranma ya da başka zararlı sonuç meydana gelme ihtimali*” olarak tanımlanır; tehlike, “*dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar ve hasar verme potansiyeli*” olarak tanımlanmaktadır.⁴²

Yine bu belirlenebilirlik için de GDO’lu gıdaların yol açtığı hastalıkların ortaya konulabilmesi, teknik tabiri ile aralarında nedensellik ilişkisi kurulabilmesi gerekir.⁴³ Buna göre, nedensellik bağının belirlenmesi konusunda, hareketin suçun hukuki konusu üzerinde önem arz eden bir tehlike yaratmış ve bu tehlikenin tipik neticenin gerçekleşmesi ile sonuçlanmış olması gereklidir.⁴⁴ Fakat bu konudaki tipik neticenin ortaya çıkması için kullanılacak öngörülebilirlik ve belirlenebilirlik, nedensellik bağı itibarı ile GDO’dan kaynaklı bir zararı ispat noktasında tek başına sıkıntılıdır. On yıllık süre geçmesinden sonraki durumlarda etkinin belirlenmesinin de cezai sorumluluk açısından bu kısıttan dolayı bir anlamı kalmayacaktır. Bunlardan belki en bilineni genetik mekanizma üzerindeki değişikliklerin kansere yol açabilmesidir. Ancak, bunun cezai sorumluluk doğurabilmesi için GDO ilişkisi ile anlamlı bir değer ya da veri üretmesi gerekir. Örneğin, GDO’lu ürün içeriklerinin kullanıldığı bir örneklem üzerinden ulaşılan, belirgin düzeyde kanser ve otoimmün hastalıklarda patlama görülmesi gibi. Bu verilerin de sayısal anlamda anlamlı içerikler oluşturması gerekir ki hem tehlike kastı hem de nedensellik açısından bir şey söylenilebilsin. Bunun dışında, BgK m.15 kapsamında tanımlanan suçlar, sırf hareket suçları olarak tanımlandığı için,

⁴¹ Ünal, s. 27.

⁴² İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, [https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6331&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5#:~:text=\(3\)%20İşyeri%20hekimi%20veya%20sağlık,sağlık%20hizmeti%20sunucularına%20sevk%20eder](https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6331&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5#:~:text=(3)%20İşyeri%20hekimi%20veya%20sağlık,sağlık%20hizmeti%20sunucularına%20sevk%20eder). (Erişim Tarihi: 13.03.2024).

⁴³ Yargıtay 20. Ceza Dairesi, 05.03.2020 Tarih ve 2019/7285 E. ve 2020/1610 K. sayılı kararına göre: “Dosya kapsamına göre, analiz yapılan “Dynamic marka kakaolu fındık kreması” isimli üründe %0,05 oranında GDO saptandığı ve Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmeliğin 23. maddesinde 29/05/2014 tarihinde yapılan değişiklikle eklenen 4. ve 5. fıkralar uyarınca, ‘Analiz sonucunda üründe %0,9 ve altında GDO tespit edilmesi halinde bu durum GDO bulaşanı olarak değerlendirilir. GDO bulaşanı olan ürünlerde bulaşan olarak tespit edilen genlerin Biyogüvenlik Kurulu tarafından onaylanmış olması durumunda ürünler onay amacına uygun olarak kullanılabilir.’ ifadelerine yer verildiği dikkate alındığında, somut olayda, analiz yapılan üründe teknik olarak engellenemeyen veya tesadüfi olarak bulaşan GDO’ya rastlandığı ve bu halile isnat edilen eylemin suç oluşturmayacağı anlaşılmalı, mahkemenin kabulünde isabetsizlik bulunmadığından, tebliğnamede yer alan “eylem sabit olduğundan mahkûmiyet hükmü verilmesi gerektiğine” ilişkin bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin yargılama sonuçlarına uygun şekilde oluşan inanç ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre, Cumhuriyet savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına, 05/03/2020 tarihinde oy birliği ile karar verildi.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.09.2024).

⁴⁴ Timur, Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. B., Ankara 2022, s. 279.

nedensellik ilişkisi doğal olarak hareketi yerine getirmekle birlikte kurulacaktır. Örneğin, GDO ve ürünlerini mevzuata aykırı olarak ithal eden kişinin, ithalatı kanuna aykırı olarak gerçekleştirmesi ile ihlal gerçekleşecek ve böylece nedensellik doğrudan kurulacaktır.

B. GDO Kullanılarak Üretilen Gıdaların Yol Açtığı İhlallerin Cezai Bakımdan Değerlendirilmesi

1. Biyogüvenlik Kanunu'nda Düzenlenen Gıda Güvenliğini İhlal Eden Suçlar⁴⁵

Biyogüvenlik Kanunu'nda düzenlenen gıda güvenliğinin ihlaline ilişkin suçlar⁴⁶ TCK'da düzenlenen gıda suçlarından maddi konu bakımından farklılık taşımaktadır. Bu suçlarda güvenilir olmayan gıda ya da insan sağlığı açısından tehlike oluşturan gıda terimi yerine, genetiği değiştirilmiş organizmanın farklı şekillerde kullanımı norma taşınmıştır. BgK m.15'te dört fıkra halinde düzenlenen suçun maddi konusu, GDO ve GDO'lardan elde edilen ürünler ile GDO ve ürünleridir. GDO, BgK m.2/f.1'i'de "*Modern biyoteknolojik yöntemler kullanılmak suretiyle gen aktarılarak elde edilmiş, insan dışındaki canlı organizma*" olarak tanımlanmıştır. BgK m.2/f.1j'ye göre, "*GDO'lardan elde edilen ürünler: Kısmen veya tamamen GDO'lardan elde edilmekle birlikte GDO içermeyen veya GDO'dan oluşmayan ürünler*" olarak, BgK m.2/f.1j'ye göre, "*GDO ve ürünleri: Kısmen veya tamamen GDO'lardan elde edilen, GDO içeren veya GDO'lardan oluşan ürünler*" olarak tanımlanmıştır. Bu suçların hukuki konusu ise sağlık hakkı, bir başka ifadeyle kamunun sağlığıdır. Anayasanın 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı çerçevesinde çevre sağlığını korumak, devlet ve vatandaşlara bir ödev olarak yüklenmiştir. Bu nedenle "*Hava, çevre temizliği ve sular ile gıda güvenliği sağlık hakkının koruması içerisinde kalmaktadır.*"⁴⁷ Bu kapsamda, toplumun sağlıklı gıda tüketmesi temel bir hak olarak yer almaktadır. Çünkü, sağlıklı olmayan bir kimsenin diğer hakları ifade etmesi de özünde bir anlam taşımayacaktır.⁴⁸ Bu suçlar özgü suç olmadığı için fail özellik göstermez. Fail, herkes olabilir. Mağdur ise, suç ile korunan hukuksal değer sahibi olan toplum (kamu)dur.

⁴⁵ Burada ifade etmemiz gerekir ki izleyen açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere BgK m.15'te dört fıkra halinde, seçimlik hareketli tek suçun farklı işleniş şekilleri olduğunu belirtmemize istinaden başlıklarda suçlar kelimesi, alt başlıklarda ve izleyen açıklamalarda ise suç kelimesine yer verilecektir.

⁴⁶ Bu suçlar ile ilgili GDO suçları nitelemesi kullanılmaktadır.

⁴⁷ Döner/Kelek, s. 11.

⁴⁸ Ayhan Döner/Mücahit Kelek, "Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı" (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 19, S. 3-4, s. 3-21), s. 12.

BgK m.15'te dört fıkra halinde, aynı suçun farklı hareketlerle işlenme şekilleri düzenlenmiştir.⁴⁹

- BgK m.15/f.1'de “BgK hükümlerine aykırı olarak ithal etmek, üretmek, çevreye serbest bırakmak” hareketleri,
- BgK m.15/f.2'de “ithal edilen veya işlenen GDO'ları veya GDO ve ürünleri ithal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanmak, satışa arz etmek, satmak, devretmek ya da bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın almak, kabul etmek, nakletmek veya bulundurmak” hareketleri düzenlenmektedir.
- BgK m.15/f.3'te farklı olarak, “ithal edilen veya işlenen GDO'lardan elde edilen ürünlere ilişkin fiiller yer almaktadır. Buna göre; ithal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanan, satışa arz eden, satan veya devreden, satın alan, kabul eden, nakleden fiillerini işleyen ya da bulunduran” kişinin hareketleri cezalandırılmaktadır.
- BgK m.15/f.4'te ise “yalan beyanda bulunarak ithal etme veya işleme izni alan kişinin bu izne dayalı olarak GDO'ların, GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin ithal edilmesi, işlenmesi, kullanılması, satışa arz edilmesi, satılması, devredilmesi, kabul edilmesi, nakledilmesi veya bulundurulması” hali cezalandırılmaktadır. Üretilen veya işlenen GDO ürünleri 1. ve 2. fıkralarda, bu ürünlerin ticari yaşama sokulmasını içeren faaliyetler 3. ve 4. fıkralarda yer almaktadır. Ancak, fiil bakımından GDO'nun oranı ve tespiti belirlemesi olmadığı için, doğrudan GDO'lu ürün ile GDO kalıntılı ürünü ayırmak mümkün olmamaktadır. Bu da sorumluluk bakımından tehlike sorumluluğu şeklinde düzenlenmeye çalışılan bir yapıyı, bir karine ortaya çıkararak objektif sorumluluğa yaklaştırmaktadır. BgK m.15 kapsamında yukarıda anılan hareketler yaptırım içerdiği için, BgK'nun çeşitli maddelerinde ihlal anlamında belirlenen ancak yaptırımı tanımlanmayan diğer “hareketlerin” mevcut yapı içerisinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır. BgK m.5'te yasaklar başlığı altında: “GDO ve ürünlerinin onay alınmaksızın piyasaya sürülmesi, Kurul kararlarına aykırı olarak kullanılması veya kullanılmasında, genetiği değiştirilmiş bitki ve hayvanların üretimi, GDO ve ürünlerinin Kurul tarafından piyasaya sürme kapsamında belirlenen amaç ve alan dışında kullanımı, GDO ve ürünlerinin bebek mamaları ve bebek formülleri, devam mamaları ve devam formülleri ile bebek ve küçük çocuk ek besinlerinde kullanılması” hareketleri yasak olarak yer almaktadır. Ancak tüm bunların karşılığı cezai bir yaptırıma denk gelmemekte ve bununla ilgili denetimlerin yönetmeliğe bağlı olarak yapılacağı ifade edilmektedir. Önce-

⁴⁹ Bu suça yönelik hareketler yalnızca GDO'lu maddeler kullanılarak üretilen gıdalar ve bunun sağlığına yansımaları açısından değerlendirilecektir.

den anıldığı gibi bu hareketlerin ancak BgK m.15 ile ilişkilendirilerek cezai sorumluluğun doğması mümkündür.⁵⁰ BgK m.3/f.11 üçüncü cümle; “genetiği değiştirilmiş mikroorganizmaların kapalı alanda kullanımı için, faaliyetlerini yürütecek olanların kapalı alanda kullanım koşullarını ve standartlarını karşılaması ve bu ürünlerin kazayla çevreye yayılması durumunda da uygulanabilecek tedbirlerin belirli olmasını” düzenlemektedir. Bu durumda, BgK m.15/f.1’de düzenlenen “GDO ve ürünlerini çevreye serbest bırakma” hareketi suç olarak düzenlendiği ve kural olarak suçlar kasten işlendiği için bu hal m.15 kapsamında suç olarak düzenlenmemiştir. Yine doktrinde Özen’e göre, BgK m.3/f.11’de “kaza ile çevreye yayılma” hareketi suç olarak düzenlenmiş olup, bu konuda BgK m.15 kapsamında “kaza ile çevreye yayılma” hareketi tanımlanmadığı için suç oluşmayacaktır.⁵¹

Üzerinde durulması gereken bir başka mesele yurt dışından ithal edilen GDO ve ürünleri ile ilgili olarak BgK m.15 kapsamında açılan davalardır.⁵² Bu davalarda GDO ve ürünlerinin kapsanmadığı durumlar söz konusudur. Bir başka deyişle, ithal edilen gıda ürünleri veya hammaddeleri GDO ve ürünlerini içermemektedir. Bu yönde bir izin aranmamıştır. Ancak BgK m.3 ve anılan Yönetmeliğin 14. maddesinde açıkça “GDO ve ürünlerinin ithali için izin arandığı”

⁵⁰ Detaylar için bakınız s. 9’daki açıklamalar.

⁵¹ Özen, Gıda Hukuku, s. 59.

⁵² Yargıtay 19. Ceza Dairesi 08.02.2017 Tarih ve 2015/948 E. ve 2017/929 K. numaralı kararında; “Adı geçen işletme hakkında tescil edilmiş gen olan soya genini etiketinde GDO lu olduğunu beyan etmeden üretimde bulunduğu için hakkında suç duyurusunda bulunulmuş ve 5977 sayılı Kanun’un 15/1. maddesine aykırılık fiilini işlediği iddiasıyla kamu davası açılmıştır. Sanık savunmasında dava konusu ürünlerin Mersin ilinde kendisinin yem sattığı ... isimli kişinin işlettiği yem bayiinden alınan numuneler olduğunu, kendisinin bu yemlerin içinde GDO olduğunu bildiğini ancak bu hususun etiketlerde belirtilmediğini, bunun sebebinin ise öncelikle matbaadan gelen etiketlerde bu hususun belirtilmemiş olmasından sonrasında ise paketlenen yapan işçilerin bunu fark etmemesi ve kendisinin de kontrol etmemesinden dolayı yanlışlıkla GDO ibaresi bulunmayan etiketlerin bu ürünlere yapıştırılarak piyasaya sürüldüğünü ifade etmiştir... Açıklanan olgular karşısında dava konusu GDO içerdiği belirlenen ürünlerin ithali ve üretimi konusunda sanığın yetkilisi olduğu firmanın geçerli bir izninin bulunup bulunmadığı, eğer izin bulunmakta ise bunun hangi amaç ve alan için olduğu ile GDO ve ürünlerinin belirlenen amaç ve alan dışında kullanılıp kullanılmadığı hususlarının araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekli iken bu konular belirlenmeksizin eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması nedeniyle bozulmasına...” <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 03.10.2024). Bu kapsamda açılan bir başka dava Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 30.04.2018 Tarih ve 2015/12130 E. ve 2018/5257 K. numaralı kararında “Sanık hakkında 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu’nun 15/1. maddesi uyarınca iddianame tanzim edildiği ve yapılan yargılama sonucu sanık hakkında anılan madde uyarınca mahkumiyetine dair karar verildiği görülmüş ise de; sanığın savunmasında, ithal ürünlerde GDO kaşesi bulunduğunu ancak yerli ürünlerde bu kaşenin bulunmadığını, GDO lu ürün tespiti yapıldığı sırada işletmede hayvan yemi olarak kullanılmak üzere 2-3 ton kadar GDO lu ürün bulunduğunu... Sanığın eyleminin 5977 sayılı Kanun’un 15/2. maddesinde düzenlenen suç tipine uymasına rağmen, aynı Kanun’un 15/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması nedeniyle dosyanın bozularak mahkemesine gönderilmesine oybirliği ile karar verilmiştir.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 08.10.2024).

ifade edilmektedir.⁵³ Yine BgK m.5'te yer alan yasak fiillere aykırı davranmak ve m.7/f.1 ve f.2'de yer alan "on yıllık denetim süresi içerisinde öngörülen denetim yükümlülüğüne aykırı davranma" ile "Tarım, Gıda ve Hayvancılık Bakanlığı'nca belirlenen yükümlülüklerin ihlali" konusunda bir yaptırım belirlenmediği için kanunilik ilkesi kapsamında herhangi bir cezai sorumluluğa gidilebilmesi mümkün değildir. Aynı kapsamda BgK m.7/f.3'te belirlenen "etiketleme kurallarına uyulmaması" ve BgK m.7/f.4'te belirtilen "eşik değer üzerinde kalan GDO ve ürünleri hakkında içerikte açıkça yer alması gerektiğine ilişkin" fiilin de yaptırımı bulunmamaktadır. Eşik değer %0.9 oranının üzerinde bulunması bulaşan değer olarak da yasaktır. Eşik değer üzerindeki bir oran insan, hayvan, bitki ve çevrenin ekolojik dengesinin korunması bakımından tehlikeli olabilir. Eşik değer üzerinde GDO ve ürünlerinin açıkça belirtilmesi zorunlu olup, yaptırımı bulunmamaktadır. Bu noktada eşik değer %0.9 üzerine çıkması durumunda kanun yasak ifadesi ile yetinmektedir. Şu durumda, yaptırımın olmaması bir tarafta, bu ürünlerin tüketime ve satışa yasaklanması konusunun cezai sonuçları ile birlikte yeniden ele alınması yerinde olacaktır.⁵⁴

BgK m.7/f.5 kapsamındaki "GDO ve ürünleri hakkında yeni risk veya risk şüphesinin öğrenilmesi durumunda durumun derhal Bakanlığa bildirilmesi ve tedbir alma yükümlülüğü getirilmesi" ile BgK m.7/f.6'da GDO ve ürünlerinin piyasaya sürülmesi sırasında alıcıları yapılan işlemlerle ilgili (taşıma, saklama ve benzeri diğer işlemler) bilgilendirmekle yükümlü olduğu düzenlenmekle birlikte, her iki fıkranın da yaptırımı yine bulunmamaktadır. GDO ve ürünlerinin işleme, taşıma, muamele, saklama ve benzeri işlemlerden geçmesi insan, hayvan, bitki sağlığı ve ekolojik dengenin korunması anlamında son derece önemlidir.⁵⁵ Bununla ilgili olarak Yönetmeliğin 17. maddesinde işleme ve depolamayla ilgili GDO bulaşma ihtimalinin yüksekliği gözetilerek düzenleme yapılmışsa da kanunda bu fiiller de yaptırımsız kaldığı için her iki hüküm de sadece çerçeve şeklinde nitelenebilecek bir düzenleme görünümündedir. Bu konuyla ilgili akla gelebilecek tek ihtimal, bu fiiller kapsamında yükümlülükler uylmamasının bir sonucu olarak ölüm yahut yaralama meydana gelirse, failin neticeler bakımından kast veya taksirine göre sorumlu tutulabilecek olmasıdır. Cezai sorumluluk

⁵³ BgK m.3/f.1'de "GDO ve ürünlerinin ithalatı, ihracatı, deneysel amaçlı serbest bırakılması, piyasaya sürülmesi ile genetiği değiştirilmiş mikroorganizmaların kapalı alanda kullanımına bilimsel esaslara göre yapılacak risk değerlendirmesine göre karar verilir." denilmekte, diğer maddelerde başvuru ve karar koşulları açıklanmaktadır. Yönetmeliğin 14. maddesinde ise "Kurul tarafından gerekli değerlendirmeler yapılarak gıda ve yem olarak piyasaya sürülmesi uygun görülen GDO ve ürünlerinin ithalatında bu ürünlerin elde edildiği GDO'nun onaylanmış olması şartı aranır." denilmektedir. Özen, Gıda Hukuku, s. 63.

⁵⁴ Özen, Gıda Hukuku, s. 77.

⁵⁵ Özen, Gıda Hukuku, s. 80.

gerçek kişiler bakımından söz konusu olup, bakanlık bakımından kamu görevlisi, diğer gerçek kişilerdir.⁵⁶

BgK m.15 kapsamında dört fıkra halinde işleniş şekilleri tanımlanan suçun hukuki konusu olan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, en temel hak ve özgürlüklerdendir. Bunun yanı sıra, ilgili hükümlerde çevre hakkı da korunmaktadır. Bu, şüphesiz bütün bir toplumu ilgilendirmesi kadar, GDO'lu ürünlerin canlıların gen yapılarını bozduğu, DNA ve RNA sarmallarını etkilediği düşünüldüğünde sadece bugünü değil, gelecek nesilleri de ilgilendirmektedir.⁵⁷ Bu nedenle son derece önemlidir. Suçun maddi konusu; genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar-ki bunlar modern biyoteknolojik yöntemlerle elde edilmiş insan dışındaki canlı organizmalardır-, GDO ve ürünleri ile GDO'lardan elde edilen ürünlerdir. Bu kapsamda GDO'lardan üretilen enzimler Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından GDO'lardan elde edilen ürünlerden olduğu gerekçesiyle yasaklanmıştır.⁵⁸ Her ne kadar enzimler, ürünlerin olgunlaşması ve raf ömrünün uzatılması gibi aşamalarda rol oynamakta olsa da bu enzimler canlı varlıklar değildir. Bir kısmı GDO'lu mikroorganizmalar tarafından, bir kısmı ise GDO'suz mikroorganizmalar tarafından sentezlenmektedir.⁵⁹ Bu durumda, bu enzimler kullanılarak kullanılan ürünlerin laboratuvar incelemelerinde GDO çıkması durumunda ve failin bu yönde kastı varsa BgK m.15 kapsamındaki hareketler oluşabileceğinden, bunları da suçun maddi konusu kapsamında ele almak gerekmektedir.

Suç, fail bakımından özellik arz etmemektedir. BgK m.15 kapsamındaki hareketleri işleyen herkes suçun faili olabileceği için, suç, özgü suç vasfı taşımamaktadır. Madde kapsamında, her bir fıkrada aynı suçun farklı işleniş biçimlerini oluşturan birden fazla harekete yer verilmiştir. Hareket şekli itibarı ile sırf hareket suçu olmakla birlikte, hareket şekilleri ayrı ayrı gösterildiği için suç, ancak kanunda gösterilen hareketlerle işlenebilir. Bağlı hareketli suç, *“Bir suçun kanuni tanımında hangi hareketlerle icra edilebileceği belirtilmiş ise söz konusu.”*⁶⁰ olabilir.

⁵⁶ Özen, Gıda Hukuku, s. 69.

⁵⁷ Ahmet, Saltık, “Genetiği Değiştirilmiş Gıdalar ve Halk Sağlığı”, Farklı Boyutlarıyla Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar, Ankara Tabip Odası, 1. B, Ankara 2010, s. 3. *“Genetiği değiştirilmiş -transgenik- soyanın insanlarda alerji oluşturduğu kesinleşmiştir. GDO'lu, transgenik patates yedirilen farelerin bağışıklık sisteminin ciddi biçimde bozulduğu saptanmıştır. Bitkilere aktarılan genlerin çoğu bakteri ve virüs kökenlidir. Gen aktarımı sırasında, genetiği değiştirilmiş bitkilerin seçilebilmesi için antibiyotik direnç izleme genleri kullanılmaktadır. Bu genler, insan ve hayvan bünyesindeki bakterilere yatay olarak geçmekte bu da insan ve hayvan bünyesindeki genleri antibiyotiğe dirençli kılmaktadır.”*, Saltık, s. 3.

⁵⁸ Kanun'un 18.03.2010 yılında yürürlüğe girmesinden 2014 yılına kadar enzimlerin ithalatı yasaklanmamıştır.

⁵⁹ Özen, Gıda Hukuku, s. 106-108.

⁶⁰ İzzet, Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. B., Ankara 2021, s. 185: *“Bir suçun temel şekli serbest hareketli suç olmakla beraber, nitelikli şekli bağlı hareketli suç görünümü arz edebilir”*.

Madde kapsamında anılan bu suç, her bir hareket şekliyle işlenebileceği için bu suç seçimlik hareketli suçtur. Hareketler: GDO ve ürünlerini ithal etmek, üretmek, serbest bırakmak, ithal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanmak, satışa arz etmek, devretmek, bu özellikleri bilerek ticari amaç ve alan dışında kullanmak, satmak, devretmek, kabul etmek, bu özellikleri bilerek nakletmek, bu özellikleri bilerek bulundurmak, GDO'lu ürünlerden elde edilen ürünler kapsamında bu hareketlerle işlemek, yalan beyanda bulunarak ithal veya işleme iznini almak olarak belirlenebilir. Bunlardan BgK m.15/f.4'te yer alan ithal veya işleme iznini almak yalan beyanda bulunma hareketlerine bağlı olduğu için yalnızca bu fıkrada bağlı hareketli suçtan bahsedilecektir.⁶¹ Dolayısı ile yalan beyanda bulunmadan ithal veya işleme izninin alınması durumunda suç oluşmayacaktır. BgK m.15/f.1-f.3'te adli ceza içeren her bir fıkrayı aynı suç tipinin farklı işleniş şekilleri ile düzenlendiğinden,⁶² bu suç kanuni tanımında birbirinin alternatifi olarak gösterilen hareketlerle işlendiğinden seçimlik hareketli suçtur.⁶³ Bu suçun hareketlerinin hepsinin hukuki konusuna bakılarak bağımsız suç olup olmadıkları gerekçelendirilebilir. Hukuki konuları, kamu sağlığı ya da sağlık hakkı olan bu suçlar bu nedenle "*Bağımsız suç tipleri değildir. Bu durumun ortaya çıkardığı sonuç, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında fail lehine sonuç doğmasıdır. Aynı suç işleme kararı kapsamında kanun maddesinin aynı fıkraları veya farklı fıkralarının işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.*"⁶⁴ Diğer taraftan BgK m.15/f.4 ikinci cümlesinde belirtilen izinle BgK m.15/f.1-3'te yer alan suçun ayrıca işlenmesi durumunda ise gerçek içtima hükümleri uygulanacak, ihlal edilen fıkraya göre failin hem bu suçtan, hem de bu izne dayalı olarak işlenen diğer suçtan sorumluluğu doğacaktır. BgK m.15'in 1-4. fıkralarının cezai sorumluluk bakımından BgK m.3 kapsamında on yıllık risk değerlendirmesinin riskin olduğu yönünde sonuçlanması durumunda uygulanması mümkündür.⁶⁵ Ancak, on yıllık süre dolduktan sonra GDO'lu ürünlerin kullanılmaya devam edilmesi durumunda ne olacağı konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır.⁶⁶

⁶¹ Mustafa, Özen, "5977 Sayılı Biyogüvenlik Kanununda Düzenlenen Suçlar", (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2014, C. 27, S. 113, s. 293-306), s. 291. Bknz bağlı hareketli suç olmasına ilişkin. "*BgK m.15/f.4 düzenlemesinde suç olarak kabul edilen hareket, bağlı hareketli bir suçtur. Yalan beyanda bulunarak BgK hükümlerine göre alınması gereken ithal veya işleme iznini almak düzenlemesinde, iki hareket birbirine bağlanmış bulunmaktadır. Bu nedenle, yalan beyanda bulunmadan mevzuatta belirtilen belge ve bilgiler yetkili otoriteye sunulurken GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin Türkiye'ye ithal edilmesi için izin alınırca, bu suç oluşmayacaktır.*"

⁶² ÖZEN, Mustafa: "5977 Sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar", (Biyogüvenlik), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2014, C. 0, S. 113, s. 283-306.

⁶³ Koca/Üzülmez, s. 124.

⁶⁴ Özen, Biyogüvenlik, s. 285.

⁶⁵ Güvenli Gıda ve Cezai Sorumluluk başlığında ele alınmıştır.

⁶⁶ Özen, Gıda Hukuku, s. 51.

2. BgK m.15 Kapsamında Ele Alınan “Fiil”in Tehlike Suçları Bakımından Değerlendirilmesi

Ceza hukuku açısından ortaya çıkabilecek en önemli sorunlardan biri, soyut tehlike suçlarını ayrı tutarsak, nedensellik bağının tespiti sorunudur. BgK m.15 ve devamında düzenlenen suçlar, soyut tehlike suçları olmakla birlikte, bu suçlar neticesi harekete bitişik suçlar oldukları için konuyla ilgili nedensellik bağı değerlendirilmeleri önem taşımamaktadır.⁶⁷ Soyut tehlike suçu düzenlemesi, “*salt suçun konusu üzerinde bir tehlike yaratılmış olması nedeniyle, failin cezalandırılmasını ve bu nedenle de cezalandırılabilirlik alanlarının belirsiz ve tehlikeli biçimde genişlemesi sonucunu doğurmuştur.*”⁶⁸ Tehlike suçları: “Hukuki konunun daha etkin şekilde korunabilmesi için kanun koyucunun, ihlal karşısında bir zarar doğması yerine, suçun hukuki konusu üzerindeki zarar tehlikesinin gerçekleşmesinin yeterli görüldüğü suç tipleri”⁶⁹ olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle de nedensellik bağı aranmaz. “*Riziko ceza hukuku*” olarak da nitelendirilebilecek bu durumun, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve hukuk devleti açısından önemli sınıncaları bünyesinde barındırdığı ifade edilmektedir.⁷⁰ Soyut tehlike suçlarında, haksızlığın oluşumu için fiilin icrası yeterli sayılmakta olduğu için, nedensellik bağının hareket ve tehlike arasındaki varlığının ortaya konmasına lüzum olmadığı belirtilmektedir. Bu suçlardaki tehlikelilik, kanunda tanımlanan hareketin bir özelliği olarak değerlendirilmektedir.⁷¹ Hareket, soyut olarak suçla korunan hukuki menfaati tehlikeye sokuyor ise bu yeterlidir. “*Soyut tehlike suçlarında, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin icra edilmesi yeterli olup, gerçekten bir tehlikenin meydana geldiğinin araştırılmasına ve tespit edilmesine gerek yoktur.*” Burada, kanuni tarifteki hareketin icrasıyla suçun konusu bakımından bir tehlikenin ortaya çıkacağı kabul edilmektedir.⁷² Bir diğer deyişle, “*bu suçların tipikliği, tipe uygun hareketin icrasıyla gerçekleşir. Ancak, soyut tehlike suçlarında fiilin tehlikeliliği, tipikliğin bir unsuru değildir. Bu bakımdan hakim somut olayda suçun konusunun gerçekten tehlikeye düşüp düşmediğini araştırmasına gerek olmadığı*”⁷³ ifade edilmektedir. Ersoy’a göre ise, “*hakimin soyut tehlike suçlarında da somut tehlike suçlarındakine benzer bir araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır.* - Hakim “*somut olayda tehlikenin gerçekten meydana geldiğini tespit etmişse, bu durumu TCK’nın 61. maddesi bağlamında temel cezanın be-*

⁶⁷ Özen, Gıda Hukuku, s. 296.

⁶⁸ Uğur, Ersoy, “Ceza Hukukunun Gri Alanı Tehlike Suçları”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2020, C. 11, S. 41, s. 27-64), s. 30.

⁶⁹ Ersoy, s. 32.

⁷⁰ Ersoy, s. 30.

⁷¹ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. B., İstanbul 2016, s. 262.

⁷² Özgenç, s. 221.

⁷³ Koca/Üzülmez, s. 120.

lirlenmesinde ve daha da önemlisi fikri-gerçek içtima kurumuyla ilgili yapacağı değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Aksi taktirde, tehlikenin meydana gelmediği durumlarla, tehlikenin meydana geldiği durumlarda aynı cezaya hükmedilmesi söz konusu olacaktır ki bu da kusur prensibinin ihlali sonucunu doğurabilen bir uygulamaya kapı aralayacaktır.”⁷⁴ Bu konuda farklı bir görüş, Ozansü tarafından ifade edilmektedir. Ozansü’ye göre; soyut tehlike suçlarının hiç değilse dışsal bir özgürlüğü ihlale somut olarak imkan tanıyan bir şekilde, tehlikelilik yaratma halleriyle sınırlandırılarak uygulanması gerekmektedir.⁷⁵ Soyut tehlike suçlarından dolayı cezalandırılma, kusur prensibine; faile fiilin subjektif olarak isnat edilememesi nedeniyle aykırılık teşkil etmektedir. Bu suçlarda adeta bir fiil karinesi kabul edilmektedir.⁷⁶ Yazar bu durumda bu suçların somut tehlike suçlarına dönüştürülerek yorumlanması gerektiğini iddia etmektedir.⁷⁷ Başka bir ifadeyle, soyut tehlike suçlarının varlığının kabulü halinde, eylemin faile subjektif olarak isnatından vazgeçilmiş olacaktır ki, yazara göre bu durum, Anayasa ve TCK’nın irade kusuruna dayanan sorumluluk anlayışı ile tezatlık arz edecektir. Çözüm olarak da eylemliliğin netice bakımından elverişliliği kriterinin kullanılması gerektiği ileri sürülmektedir.⁷⁸ Taşkın’a göre; çevre suçları gibi suçlar soyut tehlike suçu olarak düzenlenerek, suçun nitelikli hali somut tehlike suçu olarak telakki görmelidir. Bu bakımdan, ihlalin gelecekte ortaya çıkaracağı muhtemel mağdurlarının tespitinin çoğu zaman mümkün olmadığı durumlarda, zarar meydana geldikten sonra cezalandırmanın, cezanın amaçları yönüyle işlevi sınırlı kalacağı için, bu tip düzenlemelerin bir tercih değil, bir zorunluluk olduğu ifade edilmektedir.⁷⁹ Çevre suçlarında, korunan hukuki değer bakımından bir zarar meydana gelmeden, bunun önüne geçmek esastır. Somut tehlike ortaya çıkmadan önlem alınmaması durumunda, çok ciddi ve geri dönülemez zararların ortaya çıkma ihtimali bu tip suçlarda yaklaşım şeklinin soyut tehlike şeklinde de ele alınmasını kanımızca gerekli kılmaktadır. Bu tip suçları somut tehlike olarak yorumlamaktan ziyade kullanılacak kriterleri belirlemek daha işlevsel olacaktır.

“Ceza hukukunun, teknoloji kullanımını neticesinde risk gibi karmaşık meselelerde, bastırıcı işlevinden ziyade önleyici işlevinin öne çıkması gerekir. Bazı durumlarda, belirli bir davranışın sadece ortaya konulmuş olması, cezalandırmak

⁷⁴ Ersoy, s. 47.

⁷⁵ Mehmet Cemil, Ozansü, Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 69.

⁷⁶ Ozansü, s. 69.

⁷⁷ Ozansü, s. 70.

⁷⁸ Ozansü, s. 69; Ersoy, s. 46.

⁷⁹ Ozan Ercan, Taşkın, “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/ Kısmi Öneriler”, (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Y. 2015, C. 3, S. 1, s. 119-166), s. 133.

bakımından yeterli kabul edilmelidir."⁸⁰ Kanımızca, bu konuda eşik değer kavramının da bir hukuka uygunluk nedeni olarak yorumlanması ile ilgili hukuka uygunluk nedenlerinin genel mantığına uygun olarak bir ölçü belirlemek ve bunu hareketle birlikte tanımlamak gerekmektedir.⁸¹ Neticesi harekete bitişik suç yapılanmasında, böyle bir durum söz konusu olamayacağı için BgK çerçevesinde belirlenen eşik değerlerin de bir anlamı kalmamaktadır. Bu anlamda, özellikle insan sağlığını ve nesilleri tümden etkileyecek tipte suçlarda toplumun ortak menfaatlerini korumanın amaç edinilerek yerleşik kavramların yeniden yorumlanması gerekmektedir. "Diğer taraftan çevre söz konusu olduğunda bir hukuka uygunluk nedeni olarak 'eşik değerler' veya tek başına değerlendirildiğinde, çevreye zarar verecek nite-likte olmayan ve fakat bir araya geldiklerinde çevreye zarar veren davranışlar ne olacaktır?"⁸² Bu konuda esasen GDO'ların dayattığı endüstriyel tarım ve beslenmenin insan sağlığı üzerindeki etkilerinin bilinmemesi, geleneksel anlamda epidemiyolojik önemde ve ölçülebilir kanıtların zorunlu olarak bulunmasını mecburi kılmaktadır. Kanunilik ilkesi bu konuda yorum yapmayı sınırlamakla birlikte, en azından soyut tehlike suçlarına amaçsal olarak yaklaşılmasını gerektirmektedir. Nitekim Cartagena Protokolü'nü iç hukuklarında benimsemiş olan ülkeler, gen teknolojisinin imkanlarıyla kendi türü dışında kalan başka bir türden gen aktararak genetiği değiştirilmiş organizmalar olarak anılan içeriklerin yol açabileceği sorunları engellemek, meydana gelebilmesi olası sorunları çözmek için iç hukuk metinlerinde gerekli değişiklikleri ve uyumlanmaları yapmaya başlamışlardır. Bunun içinde hukuki ve cezai anlamda doğabilecek zararların kapsamını ve bu zarardan sorumlu tutulacakları belirlemek de bulunmaktadır. Bunu takiben, Biyogüvenlik Kanunu hazırlanmıştır. Biyogüvenlik genel olarak "modern biyoteknolojinin insan sağlığı ve çevreye zarar vermeden uygulanmasını sağlamak için alınması gereken politik ve işlevsel önlemlerin tümü"dür.⁸³ BgK m.7'ye göre, "GDO ve ürünlerinin piyasaya sürülmesinden sonra, kararda verilen koşullara uyulup uyulmadığı, insan, hayvan, bitki sağlığı ile çevre ve biyolojik çeşitlilik üzerinde herhangi bir beklenmeyen etkisinin olup olmadığı, Bakanlık tarafından kontrol edilir ve denetlenir." denilmekte,⁸⁴

⁸⁰ Taşkın, s. 133.

⁸¹ Eşik değer Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelik m.4/f.1k'da "Onaylanmış genler için, Kurulun görüşleri doğrultusunda Bakanlıkça belirlenen, ürünün GDO'lu olarak etiketlenmesini gerektiren alt limiti" ifade etmektedir. Bu limitin altında GDO tespit edildiğinde anılan yönetmelik m.18 ve 19'da gıda ve yemler GDO'lu olarak etiketlenmekte bu değer altındaki ürünler için GDO içerse dahi GDO'lu ürün nitelemesi yapılmamaktadır. Bu durum da eşik değer altındaki bulunan tespitlerin hukuka uygun kabul edildiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

⁸² Taşkın, s. 127.

⁸³ Selim, Çetiner "Biyogüvenlik Nedir, Ne Değildir?" https://research.sabanciuniv.edu/id/ep-rint/18136/1/Biyogüvenlik_Nedir_Ne_değildir.pdf, (Erişim Tarihi: 12.03.2023).

⁸⁴ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 15. 09.2014 Tarih 2014/15635 E. ve 2014/15951 K. numaralı kararında "Çeltiğin kabuğu ile analizinde GDO pozitif sonuç alındığı, kabuktan ayrılan pirinçte GDO bulun-

devamında GDO ürünleriyle ilgili olarak herhangi bir riskin ortaya çıkabileceği yönünde yeni bilimsel bilgilerin ortaya çıkması durumunda kararın Biyogüvenlik Kurulu tarafından iptal edilebileceği ifade edilmektedir. Maddeye göre, “*Kararı iptal edilen GDO ve ürünleri toplatılacak; insan, hayvan, bitki sağlığı ile çevre ve biyolojik çeşitliliğe olumsuz etkisi olduğu tespit edilenler derhal imha edilecek; herhangi bir olumsuz etkisi tespit edilmeyenlerin ise mülkiyeti kamuya geçirilecektir.*” Buna karşın, kanunda GDO ve ürünlerinin teknik olarak ceza hukuku bakımından bir ihlal oluşturmadığına, daha sonra zararlı birtakım etkilerin olması ya da olabileme ihtimaline ilişkin kanuni bir belirleme bulunmamaktadır. Kanunsuz suç ve ceza olamayacağına göre, bu durumda Biyogüvenlik Kurulu, konuya ilişkin yukarıda anılan ilgili değerlendirmeyi yapacak ancak bu idari bir karar olmanın ötesine geçemeyecektir. Bununla ilgili olarak “İtalya’da, 2015 Çevre Suç Reform Projesi’nde “sağlık felaketi suçu” (il crimine di disastro sanitario) adıyla bir suç öngörülmüştür. Bu suçlar, geleneksel olarak çevre suçları ya da bu manada işlenen suçlar, kurbanlı suçlar olarak kabul edilmektedir. Çünkü bu suçlarla insanlara ve çevreye verilen zarar etiyolojik bağlantıların yeniden inşasına bağlıdır. Bu durumda faktörlerin geniş ölçekli kullanımının değerlendirilmesindeki güçlük ve koruma faktörleri olarak ortaya çıkan kısmın da bu değerlendirme güçlüğüne bağlı olması nedeniyle cezai koruma a fortiori olarak insan sağlığının korunmasının belirlenebilmesine bağlıdır. Bunun soyut tehlike suçları vasıtasıyla elde edilebilmesi, çevresel konularda cezai yaptırımların kapsamını genişletme ihtiyacı olarak ortaya çıkmaktadır.⁸⁵

3. BgK m.15 Kapsamında Ele Alınan Suçların Kusurluluk Unsuru Açısından Değerlendirilmesi

Suçtan söz edilebilmesi fail ile fiil arasında psişik bir bağın bulunmasına bağlıdır. GDO kapsamında BgK m.15’te anılan suçun kasten işlenmesi neticesinde suç oluşacaktır. Bu kast hem doğrudan kast, hem de olası kast şeklinde olabilir. Ancak BgK m.15/f.2 ve f.3’teki hareketlerin işlenmesi için özel kast gerekmektedir.

madığı, çeltik numunesinde GDO pozitiflik veren tipin belirlenebilmesi için ekstra analizlere tabi tutulduğu, numunede GDO’lu soya ve mısır bitki genleri bulunduğu, buna bağlı olarak yapılan tip ve miktar analizleri sonucunda çeltik numunesine GDO açısından pozitifliği veren tipin soyaya ait MON 4-3-2 geni olduğu, ürünlerin bu hali ile ithalinin uygun olmadığı, belirtilmiştir... Boğaziçi Üniversitesi Moleküler Biyoloji ve Genetik Bölümü Başkanlığına gönderilip, numunelerin herhangi bir işleme tabi tutulmadan geldiği haliyle öğütülerek, dış yüzeyi steril su ile yıkandıktan sonra öğütülerek, çimlendirildikten sonra çimlendirilmiş pirinç numunesi ayrı ayrı incelemeye tabi tutulup 3 haliyle GDO içerip içermediği, içeriyor ise bunun sonradan bulaşmasının mümkün olup olmadığı araştırılarak, sonucuna göre ve sanıkların olaydaki fonksiyonları da değerlendirilerek hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi nedeniyle bozulmasına...”, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.09.2024).

⁸⁵ Stefano, Zirulia, “I Riflessi Del Danno Ambientale Sulla Salute Umana Criticità e Prospettive della Prova Epidemiologica Delitti Ambientali, ‘Omicidio e Lesioni Personali, Epidemiologia’”, Il Nuovo Diritto Penale Ambientale, (Diritto Penale Contemporaneo, Y. 2018 S. 1, s. 212-231), s. 212, 213, 230, “https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/zirulia_1_18.pdf, (Erişim Tarihi: 12.03.2023).

dir. “BgK m.15/f.2’de suç olarak kabul edilen hareketlerden GDO ve ürünlerinin ‘bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla’ satın alma, kabul etme, nakletme veya bulundurma hareketleri ancak özel kastla işlenebilir. Bu nedenle, olası kastla işlenemez. BgK m.15/f.3’te suç olarak kabul edilen hareketlerden GDO ve ürünlerinin ‘bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla’ satın alma, kabul etme, nakletme veya bulundurma hareketleri de ancak özel kastla işlenebilir. Bu nedenle, olası kastla işlenemez.”⁸⁶ “Taksir bir haksızlık şekli olarak kasten işlenen suçlara göre istisnai bir nitelik taşır. Bu yüzden taksirli davranışlar ancak kanunda açıkça düzenlenen hallerde cezalandırılabilirler.”⁸⁷ Mevzuatımızda suçun taksirli halinin düzenlenmemesi önemli bir eksikliktir. Düzenlemeyle bu durumda, temel suç tipiyle oluşturulan tehlikeyle, sağlık felaketiyle gerçekleşen zararın ağır sonuçları ve tehlike arasında bir bağ kurulması mümkündür. Burada toplumun sağlığını hedef alan bir suçun söz konusu olması nedeniyle, şahsi nedensellik ilişkisinin kurulabilmesi için epidemiyolojik değerlendirme kriterleri kullanılmalıdır. Örneğin, üretici tarafından yasaklı ve kanserojen içerikli maddelerin yayılmasından ve kullanımından sonra ortaya çıkan tümörler varsa, bunlar tipik bir etki olarak yıllar sonra ortaya çıksa da toplum sağlığı felaketi suçundan sorumlu tutulmak mümkün olabilecektir.⁸⁸ Hatta bu durumda cezai sorumluluk toplulukta GDO’lu ürünle çeşitli şekillerde teması olan, ancak o anda doğrudan yaralı olarak tespit edilmemiş kişiler bulunduğunda da doğacaktır. Bunun için maruz kalan bölgede veya toplulukta fiili anlamda piyasaya arz edilmiş ve kullanılmış olan maddelerin zararlı etkileri ortaya çıkmış kişilerle, tespit edilen oran arasında bir ilişkinin saptanması yeterlidir.⁸⁹ Bu bağlantının cezai sorumluluk doğurması için doğrudan tespit edilmesine gerek yoktur. Gıda üzerinden toksik zehirlenmeye yönelik vaka örneğinde toksik zehirlenmeyi işaret eden nar kabuklarındaki örnek, adli tıp inceleme ve tespiti açısından yeterli kabul edilmiştir. Kaldı ki GDO veya kalıntılı üründe bu tarz bir tespit yapabilmek son derece zordur.⁹⁰ Ceza hukukunda kusu-

⁸⁶ Özen, Biyogüvenlik, s. 297.

⁸⁷ Mehmet Emin, Artuk/Ahmet, Gökçen: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. B., Ankara 2021, s. 433.

⁸⁸ Massimo, Donini “Health Protection and Food Safety Regulation in Italy: From The Current Legislation to Reform Project of 2015”, Food Regulation and Criminal Justice, 2016, Ed. Adan Nieto Martín, Ligeia Quackelbeen, Michele Simonato, Netherlands 2016, s. 240.

⁸⁹ Donini, s. 240.

⁹⁰ Kayseri’de gerçekleşen olayda akşam yemeğinden sonra nar yiyen aile fenalaşmış ve hastaneye kaldırılmış, kendilerine gıda zehirlenmesi şüphesiyle tedavi uygulanmış daha sonra ailenin 4 yaşındaki ferdi hayatını kaybetmiştir. Yapılan otopside ölüm sebebini meydana getirecek kırık veya künt cisme bağlı bir travmaya rastlanmamış ceset üzerinde yapılan toksikolojik incelemede kanında toksik kalıntılara rastlanmasa da ailenin nar yeme öyküsünü takiben nar kabuklarında peptisit, kimyasal ve dezenfektan içerikli bileşenlerin bulunduğu ve bu bileşenlerin hızla metabolitlere dönüşeceği yapılan Adli Tıp Kimya İhtisas Dairesi’nin raporunda ifade edilmiştir. Ölüm nedeni toksik gıda zehirlenmesi olarak bildirilmiştir. Cumhuriyet, “Küçük Salih’a’nın Ölüm Nedeni Netleşti”, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/kucuk-salihanin-olum-sebebi-netlesti-zehirli-nar-1868440>, (Erişim Tarihi: 13.09.2023).

ra dayalı sorumluluk⁹¹ kabul edildiğinden kişi BgK m.15'te anılan fiilleri işlerken hiçbir kusurunun olmaması halinde, failin bu suçlardan sorumluluğu doğmayacaktır. Kişi, daha önce içinde GDO'lu ürün taşınan bir nakliye aracına bu durumu bilmeden ürün yerleştirmiş ve bu ürünleri taşımış olabilir. Bu ürünlerden aktarılan bulaşı ile çok rahat bir şekilde taşınan ürünlerde GDO tespiti yapılmış olabilir. Bu durumlarda GDO ve ürünleri için gerçek ve tüzel kişilere hem başvuru ve esaslar kısmında hem de BgK m.15/f.6'da yükümlülük yüklenmiş ve karşılığında idari para cezası öngörülmüştür. Bu konuda yapılması gereken bir başka tartışma, yasaklar kapsamında BgK m.5'te düzenlenmiş hareketleri işleyerek örneğin onay alınmaksızın bir ürünü kanuna aykırı olarak piyasaya sürmenin taksir kapsamında ele alınıp alınmayacağıdır. Elbette bu anılan hareketlerin kastla ve taksirle ortaya çıkabilmesi mümkündür. Ancak sorumluluğun düzenlendiği BgK m.15 kapsamında taksirli sorumluluk düzenlenmediğinden herhangi bir yaptırımın doğması mümkün değildir.

Bu konuda yapılması gereken bir başka tartışma, bu anılan hareketlerin kastla ve taksirle ortaya çıkması mümkün olmakla birlikte BgK m.15 kapsamında taksirli sorumluluğun düzenlenmemesi nedeniyle BgK anlamında herhangi bir yaptırımın doğmamasıdır. Ancak BgK m.15 kapsamında GDO ve ürünlerini kanuna aykırı olarak ithal etme, üretme, satışa arz etme ve benzeri fiiller neticesinde, TCK m.185 kapsamında tariflenen somut tehlike suçu kapsamında *"tüketilecek her çeşit besin veya şeylere zehir katarak veya başka suretlerle bunları bozarak"* insanların yaralanması ve ölmesi neticelerinin ortaya çıkması durumunda failin ayrıca kastla ve olası kastla öldürme ve yaralama suçlarından cezalandırılacağını ifade etmek gerekir. Suçun taksirle işlenmesi halinde de failin ayrıca taksirle öldürme ve yaralama suçlarından cezalandırılması söz konusudur. Örneğin kanuna aykırı olarak üretilen GDO ve ürünleri tüketilecek besinlere bu besinleri başka suretlerle bozarak katılmış ve neticede tek bir eylemden birden fazla ölüm ya da

⁹¹ 19. CD, 11.01.2017 tarih, 2016/1022 E. ve 2017/180 K. no.lu kararında: "5977 sayılı Kanun'un 15/1. maddesi 'GDO ve ürünlerini bu Kanun hükümlerine aykırı olarak ithal eden, üreten veya çevreye serbest bırakan kişi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.' şeklinde düzenlenmiş olması karşısında, sanıklar hakkında hapis cezası ile birlikte adli para cezasına da hükmedilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede; yükletilen suçun sanıklar tarafından işlendiğinin kanuna uygun olarak yürütülen duruşma sonucu saptandığı, bütün kanıtlarla aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde ve eksiksiz sergilendiği, özleri değiştirilmeksizin tartışıldığı, vicdani kanının kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı, eylemlerin doğru olarak nitelendirildiği ve Kanun'da öngörülen suç tipine uyduğu, anlaşılması ve ileri sürülen başkaca temyiz nedenleri yerinde görülmediği gibi hükmü etkileyecek oranda hukuka aykırılığa da rastlanmamıştır.

Ancak, Kasıtlı suçtan hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak sanıklar hakkında..." <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.09.2024).

yaralama ortaya çıkmış ise TCK m.43/f.3 gereği yaralanan ve ölen kişi sayısı kadar kasten yaralama ve öldürme suçunun meydana geldiği kabul edilmelidir. Bu bozuk gıda ürünlerini tüketen kişilerin ölmesi ve yaralanması durumunda gerçek içtima kuralı uyarınca failin kastına ve taksirine göre öldürme ve yaralama suçlarından cezaya hükmedilir. BgK m.15 kapsamında GDO ve ürünleri kanuna aykırı olarak nakledilirken TCK m.181'de yer alan çevrenin kasten kirletilmesi suçuna da vücut verilebilir. Bu durumda fikri içtima hükümleri TCK m.44 uyarınca en ağır cezayı içeren tek suçtan ceza verilmelidir.

4. TCK'da GDO Kapsamında Değerlendirilebilecek Suçlar

5237 sayılı TCK'da düzenlenen gıdayı konu alan suçlar, ikinci kitap üçüncü kısımda "Toplumla Karşı Suçlar" başlığını taşıyan üçüncü bölümde "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu suçları, dilde yer bulmuş şekliyle, gıda suçları olarak nitelemek mümkündür. TCK'da gıda bakımından iki suç tipi öne çıkmaktadır. Bu suç tipleri aynı zamanda BgK ile ilişkilendirilebilecek olan TCK m.185'te yer alan "*zehirli madde katma*" ve TCK m.186'da yer alan "*bozulmuş ve değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti*" suçudur. TCK m.185'te "*zehirli madde katma*" şeklinde yer alan suçta, yenilecek ve içilecek nitelikte bulunan her çeşit besin veya şeye "*sadece zehirli madde katma değil, besin maddeleri veya şeylerin bozulması*" da suç olarak düzenlenmiştir. Maddede "*başka suretlerle*" ifadesiyle "*insan hayatını veya sağlığını tehlikeye düşürmek*" de cezalandırılmıştır.⁹² TCK m.186'da ise insan hayatını tehlikeye düşürecek şekilde bozulmuş, değiştirilmiş her türlü yenilecek içilecek şeyleri ve ilaçları satmak, tedarik etmek ve bulundurmak fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. TCK m.185'teki suçta hukuki konu, kamunun sağlığıdır. Suç, faili bakımından özgü suç vasfı göstermezken, suçun mağduru herkes olabilir. Kamunun sağlığına karşı suçlar başlığında yer aldığı için genel mağdur kamu ve mahsus mağdur ise suçtan zarar gören herkes olabilecektir.⁹³ Madde metninde tanımlanan fiillerin işlenmesiyle, "*kişilerin hayatının ve sağlığının tehlikeye düşmesi*" suçun tamam-

⁹² Madde metninde yer alan 'şeylere' kelimesi ceza hukukundaki belirlilik ilkesini ihlal ettiği için, haklı olarak eleştirilmektedir. Kanaatimizce başka suretlerle ifadesi de bu belirlilik ifadesini zedelemektedir. Bknz. Veli Özer, Özbek, "Zehirli Madde Katma ve Bozulmuş veya Değiştirilmiş Gıdaların Ticareti Suçları" (TCK m.185 ve m.186), (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Y. 2019, C. 21, S. Özel Sayı, s. 95-119), s. 97.

⁹³ Özlem, Yenerer Çakmut, "Türk Ceza Yasasında Zehirli Madde Katma Suçu (TCK m.185)", (Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2007, C. 2, S. 4, s. 247-262), s. 253; Özbek bu suçta mağdurun birey olarak bulunamayacağını, kamuya karşı işlenen bir suç olması hasebiyle bu suç bakımından zarar görenden söz edilebileceğini belirtmekle beraber, bu bir ya da birden fazla kişinin zarar görmesine sebep olması durumunda örneğin ölüm ya da yaralama gibi hallerde, ayrıca bu suçların somut olayda ortaya çıkışı biçimine göre oluşacağını ve TCK m.185'te düzenlenmiş olan suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli düzenlenmiş olmadığından bu suçtan da ceza vermek gerekeceğini belirtmektedir. Özbek, s. 100.

lanması için yeterlidir. Hayat ve sağlığın tehlikeye düşürülmesi ifadesi kullanıldığı için maddede sayılan zehir içinde GDO'yu ele alarak BgK ile ilişkilendirmenin önünde ise bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, GDO'lu gıdaların bozma fiili içinde ele alınması konusuna, insan sağlığı üzerindeki etkisi tam olarak ortaya konulabilmiş olmamasından dolayı, ihtiyatla yaklaşılması ve bu içeriğin BgK'nın düzenleme alanına bırakılması gerektiği de düşünülmektedir.⁹⁴ Ancak, bazı açılardan BgK'daki belirsizliği, TCK hükümleri ile çözmek bir kanuni düzenleme ile eksikliğin giderilmesi ihtiyacını ortadan kaldırmamakla birlikte, en azından ilkesel anlamda mümkündür.

BgK m.3/f.1'de⁹⁵ GDO ve ürünleri ile ilgili birtakım hareketlere, buna ilişkin risk değerlendirmesi sonucunda izin verileceği belirtilmektedir. Risk değerlendirme sonuçlarına göre risk oluşturmayacağı belirlenen başvurular için verilen kararın geçerlilik süresinin on yıl olacağı ifade edilmiştir. İzin nasıl verileceği konusu ise Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizma ve Ürünlerine Dair Yönetmelik'te düzenlenmektedir. İlgili Yönetmelik m.8'de yer alan dikkat çekici bir düzenleme, risk değerlendirmesi sonucunda, risk oluşturmayacağı yönünde karar verilen GDO veya ürünlerinin ithal, ihraç, deneysel amaçlı serbest bırakılması ve piyasaya sürülmesi, yahut GDO'lu organizmaların kapalı alanda kullanımı için on yıllık bir üst süre kısıtlamasının da madde metninde yer almamasına karşın, doğrudan getiriliyor olmasıdır. On yıllık süre içerisinde BgK m.15/f.1, f.2, f.3 ve f.4 uygulanacaktır. Oysa on yıllık süre geçmiş olmasına rağmen, risk durumu henüz tespit edilemeyebilir. Ancak, bu sürenin neyi kriter kabul ederek belirlendiği de belirsizdir.⁹⁶ Sırf hareket suçlarında, hareketle birlikte netice ortaya çıkar. GDO'lu ürün içeriklerinin idari bir kararla risk öngörülmeyle kullanılması ve bundan on sene sonra kanser, MS, Alzheimer, Parkinson, DNA hasarı ve daha bunun gibi çevresel etmenlerle gelişme ihtimali bulunan bağışıklık sistemi hastalıklarının ortaya çıkması bununla ilgili nedensellik bağlantısının da kurulamayacağı anlamına gelmektedir. Kişinin iradi hareketinin, tipe uygun sonuçla nedensellik bağı içinde bulunması, cezai sorumluluk için zorunludur.⁹⁷ Yine bu durumda, tarihin hesaplanması bakımından risk değerlendirmesi ile ilgili idari işlemin karar tarihi esas alınacak ancak ürünün piyasaya sürülüp tüketicilere ulaşma anı esas

⁹⁴ Özbek, s. 104.

⁹⁵ BgK m.3/f.1: "İnsan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması ve sürdürülebilir kullanımı göz önünde bulundurularak GDO ve ürünlerinin ithalatı, ihracatı, deneysel amaçlı serbest bırakılması, piyasaya sürülmesi ile genetiği değiştirilmiş mikroorganizmaların kapalı alanda kullanımına, bilimsel esaslara göre yapılacak risk değerlendirmesine göre karar verilir. Risk değerlendirme sonuçlarına göre risk oluşturmayacağı belirlenen başvurular için verilen kararın geçerlilik süresi on yıldır".

⁹⁶ On yıllık sürenin olumlu olduğu noktasında bkz. Özen, Gıda Hukuku, s. 49.

⁹⁷ İçel, s. 292.

alınamayacaktır.⁹⁸ Düzenleme, bu şekliyle, tek başına mağduriyetlerin artmasına yol açabilecek bir içerik taşımaktadır. On yıllık süre dolduktan sonra, GDO ve ürünleri kullanılmaya devam edilebilir. Oysa bu durumda oluşabilecek ihlaller için BgK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine konuyla ilgili olarak 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri Bitki Sağlığı Gıda ve Yem Kanunu'na bakıldığında, gıdalarda taklit ve tağşiş yolu ile sahtekarlık yapılmasından bahsedildiği ancak bu durumun bir yaptırıma bağlanmadığı görülecektir. İşte bu noktada, TCK m.185/f.1'deki zehir katma ve TCK m.186/f.1'deki hayat veya sağlığı tehlikeye sokacak biçimde bozulan, değiştirilen gıda olarak satılan şeyler⁹⁹ cezai sorumluluğun doğması için düşünülmelidir. Bu durumda, TCK m.185'te düzenlenen “*zehirli madde katma suçu*”nda, “*gıda ürünlerinin üretimi aşamasında zehir katarak*” ya da “*başka suretlerle gıdaların bozularak kişilerin hayat ve sağlığını tehlikeye düşürmekten*” bahsedilmektedir. Düzenlemede yer alan *başka suretlerle ifadesi* mevzuata aykırı olarak başka maddelerin katılması yönünde düşünülebilecektir. Bu ifade, konu ile ilgili herhangi bir özel ceza kanununda da olabilir. Bu nedenle, başka suretlerle ifadesi için BgK m.15/f.2 ve f.3'e gönderme yapmanın teknik olarak mümkün olduğunu düşünüyoruz.

BgK m.15/f.2'de “*kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde ithal edilen veya işlenen GDO'ları veya GDO ve ürünlerini, ithal izninde belirlenen amaç ve alan dışında kullanan, satışı arz eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kabul eden, nakleden veya bulunduran kişi*” cezalandırılacaktır. Şu halde “*bilimsel araştırma amacıyla ithal edilen veya işlenen GDO'ları veya GDO'lardan elde edilen ürünleri, gıda maddeleri ithal izninde belirlenen amaç dışında kullanmak*”, bu kapsamda anlaşılmalıdır. Zira bunların gıda maddelerine karıştırılması durumunda da BgK m.15/f.2 ve f.3'te tanımlanmış olan “*ithal izninde belirlenmiş olan amaç dışında kullanma durumu*” meydana gelecektir. Düzenleme bakımından birbirine çok yakın ifadeler içeren BgK m.15/f.2 ve f.3 arasındaki ayrım, 2. fıkra kapsamında GDO'lar veya GDO ve ürünlerinin, 3. fıkra kapsamında ise GDO'lardan elde edilen ürünlerin, ithal izninde belirlenmiş amaç dışında kullanımı ile ihlalin meydana gelecek olmasındadır. GDO'lardan elde edilen ürünlerin, BgK m.2)'de, “*GDO'lardan elde edilmekle birlikte, GDO içermeyen veya GDO'dan oluşmayan ürünler*” şeklinde tanımlanmış olmasından hareketle, maddede tanımlanmış olan ve içeriğinde GDO olmasa da salt bu hareket şekilleri ile işlenmesi, suçun gerçekleşmesi için yeterli görülmemiştir. Hareketler insan hayatının ve sağlığının da tehlikeye düşmesi neticesi ile ilişkilendirilmiştir. Yani bir neticenin normatif manada olmasa

⁹⁸ Özen, Gıda Hukuku, s. 49.

⁹⁹ İnceleme konumuz gıda olduğu için, ilaçları bu noktada değerlendirmiyoruz.

da tabiatçı anlamda doğması gerekir. İşin niteliği gereği böyle bir tehlike, zehir katma fiilinde tabii olarak oluşur. Ancak suç, bu hareket tiplerinden bozma fiili ile işlendiğinde, hayat ve sağlık bakımından öngörülen tehlike hiç oluşmamışsa cezai sorumluluk da doğmayacaktır. Burada, dikkat çekilmesi gereken nokta, tehlikenin meydana gelmesi değil, tehlikeye düşme ifadesinin seçilmiş olmasıdır. Bu durum, TCK m.185 bakımından suçun niteliğinin somut tehlike suçu olduğunu göstermektedir.¹⁰⁰ Burada, çevre suçlarında kullanılan tehlike suçu modellenmesi tercih edilmiştir. Somut tehlike suçlarında, kanun koyucu hem düzenleyici kurallara aykırılığı, hem de zarar tehdidi oluşturan davranışı cezalandırırken; soyut tehlike suçlarında birtakım hukuki değerleri daha aktif koruyabilmek adına, failin cezalandırılabilmesi için suçun hukuki konusu üzerinde herhangi bir zararın oluşmasına gerek görmemektedir. Bunun için, suçun kanuni tanımında yer alan fiillerin icra edilmesi yeterli olup, bunun haricinde somut bir tehlikenin ortaya çıkmasına gerek bulunmamaktadır.¹⁰¹ TCK m.186'da somut tehlike suçudur. Madde metninde “*kişilerin hayat ve sağlığını tehlikeye sokmak*” aranmaktadır. Kanunda geçen, “*kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşüren*” ifadesi, gerekçe ile birlikte değerlendirildiğinde suçun somut tehlike suçu olduğunu göstermektedir.¹⁰²

Diğer bir mesele, TCK m.186 bakımından cezai sorumluluğun doğması için suçun maddi konusunu oluşturan bozulmuş ve değiştirilmiş şeyler olarak alınabilecek olan GDO'lu içeriklerin¹⁰³ gıda ürünlerine karıştırılarak insan sağlığı üzerinde hayat ve sağlığı bozacak düzeyde netice ortaya çıkarmasının yeterli olmasıdır. Madde, somut tehlike suçu şeklinde düzenlenmiştir. Çünkü; *hayat ve sağlık açısından bir tehlikenin ortaya çıkması ifadesi* metinde yer almaktadır. Taksir, suçun manevi unsuru bakımından ancak istisnai bir sorumluluk şekli olduğu için, madde metninde açıkça ifade edilmedikçe taksirli sorumluluğa gidilemez. Bu nedenle, TCK m.185 kastla veya taksirle işlenebilirken, TCK m.186 ancak doğrudan kastla ya da olası kastla işlenebilir.

Anılan bu suçlarda madde metnindeki “kimse” ifadesinden hareketle gerçek kişiler fail olabilirler. Tüzel kişiler, fail olamayacağı için onlar adına hareket eden kişiler fail olabilirler. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği, tüzel kişiler hakkında ceza uygulanamayacağı ilkesi, kabahat oluşturan fiiller için geçerli de-

¹⁰⁰ Bu yönde her iki suçu da somut tehlike suçu olarak tespit eden görüşler de bulunmaktadır. Özbek, s. 101, 110; Yenerer Çakmut, s. 256; Maden, s. 70.

¹⁰¹ Handan, Yokuş Sevük, Çevre Hukuku, 2. B., Ankara 2017, s. 263, 264.

¹⁰² Mustafa, Özen “Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar”, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2018, C. 66, S. 2, s. 163-190), s. 165.

¹⁰³ Hatice, Çıvgın, “Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye'deki GDO Düzenlemeleri Işığında Biyogüvenlik Kurulu Kararları”, (Eğitim Bilim Toplum Dergisi, Y. 2016, C. 14, S. 53, s. 112-139), s. 117.

ğildir. Kabahatler Kanunu m.8/f.1'e göre, "Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir." Ancak "Tüzel kişilerin temsilcilerinin bu suçta fail olmaları halinde, ilgili tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için, TCK'nın 60. maddesinin 4. fıkrasına göre, kanunun ayrıca belirtmesi gerekmektedir. Bu nedenle, tüzel kişilerin temsilcilerinin bu suçta fail olmaları halinde, ilgili tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır."¹⁰⁴ BgK m.15/f.6 kapsamında güvenlik tedbiri yaptırımını belirtilmese de BgK m.15/f.5 uyarınca "Maddede yer alan suçların tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ve yararına işlenmesi halinde bu tüzel kişiye yüz bin Türk Lirasından iki yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir ve ayrıca tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur." denildiği, ayrıca BgK m.15/f.6'ya bakıldığında "Bu Kanunun 7 nci maddesinde düzenlenen yükümlülükleri yerine getirmeyen başvuru sahiplerine, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, her bir yükümlülük ihlali dolayısıyla on bin Türk Lirasından otuz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir." denildiği için 7. maddede düzenlenen yükümlülükleri yerine getirmeyen başvuru sahibinin tüzel kişi olması mümkün olduğu için anılan idari para cezası ile cezalandırılmaları gerekir.

5. GDO Suçlarında BgK ve TCK İlişkisi Bakımından Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirme

Normun içeriğinde tanımlı hareket unsuru, aynı zamanda suçun yöneldiği belirli toplumsal bir zarar olmak durumundadır. Bu nedenle, failin hareketinin ceza sorumluluğuna yol açması için, toplumsal zararın ortaya çıkması gerekir. Bu konuda, özellikle tehlike suçları bağlamında, çevre suçlarında tercih edilen düzenleme şekli¹⁰⁵ somut tehlike suçu modeli, soyut tehlike suçu modeli, ciddi çevresel zararlarda fiil kanuna aykırı olmasa bile çevresel zararın cezalandırıldığı model ve bunların yanı sıra açıkça zararı cezalandırmayan ancak genel bir korumaya oluşturan hükümlerin söz konusu olduğu modellerdir.¹⁰⁶ Gıda ceza hukuku ile ilgili düzenlemelerde hukuki konu, yaşam ve sağlık olarak koruma altına alınmıştır. Bu bakımdan bu iki hukuki değeri zarar ve tehlike suçu kategorisinde koruyan iki tip suçtan söz edilebilir. İlki; genel olarak öldürme ve yaralama

¹⁰⁴ Özen, Kamu Sağlığı, s. 170.

¹⁰⁵ Hukuki konu üzerinde meydana getirilen tehlikenin türüne göre, "soyut tehlike", "soyut somut tehlike" ya da diğer adıyla "tehlikeye elverişlilik", "varsayılan/hipotetik veya olası/potansiyel tehlike" veya "somut tehlike" olmasına göre ihlali kabahat veya suç olarak düzenleme arasında bir seçim yapılabilir. Oluşan tehlikenin, gıda hukuku ihlalleriyle ilişkilendirilip ilişkilendirilmeyeceği, ilişkilendirilecekse ne surette yapılacağı da ilgili suçların ve kabahatlerin kaleme alınışında bir tercih meselesidir". Maden, s. 82, 83.

¹⁰⁶ Yokuş Sevük, s. 264.

suçlarından oluşan, sağlık üzerinde zararlı nitelik taşıyan gıdalarla ilgili fiillerdir. Bununla birlikte ele alınması gereken diğer konu, klasik anlamdaki fiille, ölüm veya yaralanma neticesi arasındaki nedensellik bağının tespiti ve objektif isnat edilebilirliktir. İkincisiyse; yaşamın veya sağlığın tehlikeye sokulmasına ilişkin suçlardan oluşan gruptur. TCK'da yer alan ve doğrudan gıda ceza hukukunu ilgilendiren ve incelemiş olduğumuz 185'inci maddede yer alan "zehirli madde katma suçu" ve 186'ncı maddede yer alan "bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçları" da tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, gıda hukuku ve çevre sağlığı arasında bir benzetme ilişkisi kurmak mümkündür. Mağdurun davranışının kasıtlı veya taksirli oluşunun failin sorumluluğuna etkisi mühim bir sorundur. Konuyla doğrudan ilgisi bakımından BgK'nın 15. maddesinin ilk dört fıkrasında genetik yapısı değiştirilmiş organizmalarla ilgili suçlar, aynı maddenin 5, 6, 7 ve 8. fıkralarında ise genetik yapısı değiştirilmiş organizmalarla ilgili kabahatler düzenlenmiştir. Yine VHBSGYK'nın 40'inci ve 41'inci maddelerinde ilgili kabahatler düzenlenmiştir.¹⁰⁷ Bu düzenlemelerde taksir ayrıca düzenlenmediği için anılan kabahatlerin kasten işlenebileceği görülmektedir. Bu anılan fıkralarda düzenlenen kabahatlerde alt ve üst sınırlar arasında¹⁰⁸ gösterilen idari para cezası niteliğinde yaptırım öngörülmektedir. "Ancak adli nitelikteki para cezası ile idari nitelikteki para cezası arasında, karar veren merci, yaptırımın infaz sureti, yaptırıma bağlanan kanuni neticeler bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır."¹⁰⁹ "İdari para cezasının belirlenmesinde kullanılması istenen ölçütlerden ilki, fiilin haksızlık içeriğidir. Haksızlık içeriğinin belirlenmesinde davranışın kast veya taksirle gerçekleştirilmesi, amaç veya saik, fiilin işleniş şekli, fiilin işlendiği zaman ve yer, fiilin işlenmesinde kullanılan araçlar, fiilin

¹⁰⁷ Maden, s. 91, 92.

¹⁰⁸ Kabahatler Kanununun 17. maddesinin 2. fıkrasında idari para cezası belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir. "Düzenlemede idari para cezasının belirlenmesinde üç husus ifade edildiğinden bunun dışındaki bir neden idari para cezasının belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaz. İdari para cezasını uygulayacak makam veya kişi kanunda alt ve üst sınırlar arasında gösterilen cezayı bu ölçütleri uygulayarak belirleyecektir. Ayrı ayrı değil, birlikte uygulayarak idari para cezasını tespit edecektir. Kanun koyucu fiilin haksızlık içeriği, kusur ve ekonomik durum derecelendirildiği için alt ve üst sınırlar arasında gösterilen idari para cezasının tespitinde göz önünde bulundurulmasını kabul etmiştir.": Berrin, Akbulut, "İdari Para Cezası ve İdari Para Cezasının Belirlenmesi", (Çatalhöyük International Journal of Tourism and Social Research Y. 2022, S. 9, s. 87-99), s. 94.

¹⁰⁹ "Örneğin, idarî nitelikte bir yaptırım olarak para cezasına, ceza muhakemesi süreci sonucunda mahkeme tarafından hükmedilmez; bu ceza, idarî görev yapan bir kişi veya kurul tarafından verilir. Bu cezalar, adli sicile kaydedilmez, ödenmediği takdirde hapse dönüştürülmez.": Hüsamettin, Uğur, "Kabahatler Kanunu ve 5252 sayılı Kanuna Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması", (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2009, S. 85, s. 189-219), s. 192. "Bu bakımdan, işlenen kabahat nedeniyle verilen idarî para cezası ile ilgili olarak müteselsil sorumluluk kabul edilmemiştir. Kabahatler Kanunu kapsamında verilen idarî para cezalarına ön ödeme uygulanamaz, ertelememez ve seçenek yaptırıma çevrilemez, ödenmemesi halinde gecikme zammı uygulanmasına karar verilemez ve hapse çevrilemez.": Uğur, s. 193.

işlenmesindeki kolaylık, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, konunun önemi ve değeri gibi hususlar rol oynamaktadır. Bunların, idari para cezasının belirlenmesinde dikkate alınabilmesi için, kabahate ilişkin tipte unsur olarak ifade edilmemiş olması gerekir. Zira, çifte değerlendirme yasağı, bir nedenin iki kere göz önüne alınmasına izin vermemektedir.”¹¹⁰ Yine bu noktada, olası kastla işlenmiş bir kabahat için fiile ilişkin para cezası, doğrudan kasta göre daha az belirlenecektir. Kabahatin işlenişine, birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde, Kabahatler Kanunu’nun “iştirak”e ilişkin 14. maddesi, “Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir” hükmü nedeniyle, faillerin her birine idari para cezası verilecektir. Kabahatler Kanunu’nun “içtima”yı düzenleyen 15/f.3 maddesinde, “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.” denilmektedir. İdari yaptırım kararını ise “Kural olarak kamu kurum ve kuruluşunun görev alanına giren yerlerde işlenen kabahatler dolayısıyla; idarî kurul, makam veya kamu görevlileri idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir. Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde, bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir.”¹¹¹

Yukarıda anılan tüm bu söylenenlere ek olarak şunu ayrıca ifade etmek gerekmektedir. BgK m.15 bu kapsamda düzenlenmiş suçla ilgili olarak tehlike sorumluluğu temelinde cezai bakımdan koruma sağlanmakla birlikte, korumanın idari düzenlemelerle bağlantılı olması nedeniyle etkinliği azalmaktadır. Benzer bir durum çevre ihlalleri ile ilgili süreçlerde de görülmektedir.¹¹² BgK m.3 uyarınca “yapılacak risk değerlendirmesinde; insan, hayvan, bitki sağlığı, çevre ve biyolojik çeşitlilik korunurken değerlendirilen riskin korunma ile birlikte “sürdürülebilir kullanımının” göz önünde bulundurulacağı; GDO ve ürünleri ile ilgili “ithalat, ihracat, deneysel amaçlı serbest bırakma, piyasaya sürme ve kapalı alanda kullanımına karar verilebileceği” belirtilmektedir. Her ne kadar bilimsel esaslara göre bir değerlendirme yapılacağından bahsedilmişse de GDO ve ürünleri ile ilgili kesin ve net sonuçlar bulunmaksızın bu ürünlerin sürdürülebilir

¹¹⁰ Akbulut, s. 193.

¹¹¹ Uğur, s. 213, “Bir soruşturma esnasında, fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idarî yaptırım kararı verilmemiş olması şartıyla, Cumhuriyet savcısı idarî yaptırım kararı verir. Mahkeme ise, kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde idarî yaptırım kararını kendisi verecektir. Bu, Kabahatler Kanunu m.24’ün amir hükmü olup, fiilin idari ceza gerektirdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilemeyecektir.”: Uğur, s. 213, 216.

¹¹² Çevre hukukunda da cezai yaptırımlar ancak idari yaptırımları pekiştirme aracı olarak görülmektedir. Yokuş Sevük, s. 254.

şekilde kullanımı, bilimsel esas adı altında nitelenen idari bir karar olacaktır.¹¹³ Bu içerikte verilebilecek bir başka örnek, genetiği değiştirilmiş ürünlerin kullanım alanlarının genişletilmeye çalışılmasıdır. Bunun için bir düzenleme yahut sınırlama mevcut değildir. Örneğin, mısırın yağı çıkarıldıktan sonra kalan kısmın hayvan yemi, yakacak ve gübre olarak kullanılıp kullanılmayacağı ve buna ilişkin yapılacak izin başvurusuna, Kurulun, gıdanın bir kısmının bu anılan artan içerikleri yapmaya uygun olduğu ve aynı başvuruda yer alan diğer kısmının ise uygun olmadığı yönünde cevap vermesini düşünelim. İşlenen ürünlerin bu konuda izin verilen ve verilmeyenler olarak birbirinden ayrılması için, kullanılacak yöntemin ne olacağı ve bu yöntemle ilişkin işletilecek olan denetim mekanizmasının şekli, yine bu belirsizlik temelinde olmak üzere cezai sorumluluğun tespiti hiç kolay değildir. Halen de çözüm bekleyen sorular arasında bulunmaktadır.¹¹⁴ Dolayısıyla BgK m.15/f.1, f.2, f.3, f.4'te ele alınan ve cezai yaptırım içeren hareketler, bağımsız olarak GDO'lu maddeler kullanılarak insan sağlığını tehlikeye sokan fiiller olmaktan ziyade, bu idari karar dışına çıkılarak yapılmış olan fiiller olacaktır. Halbuki BgK m.15'te düzenlenen hareketlerle korunan hukuksal değer, GDO'nun dünya çapında bir endüstri olduğu ve ileri düzeyde tekelleşme eğilimi göstermesi gerçeğine tezat olarak, maddi ve fiziki olarak endüstriyel bir değer değil, toplum sağlığının daha da ötesi nesillerin sağlığının korunmasıdır.¹¹⁵

Bir başka mesele, fiilde bulaşı oranının belirlenmesidir. Bir kişinin bir gıda ürününü taşıırken GDO'lu bir başka üründen bulaşı olma olasılığı hep vardır. Suç teşkil eden hareketlerin maddi konusunu oluşturan gıda ürünlerine GDO bulaşabilir. Bazı durumlarda bulaşının önlenmesi de mümkün olmayabilir.¹¹⁶ Bu gibi durumların somut olayda araştırılması gerekir.

"Ceza normu suçun, normatif olgular âlemine ait olduğu bir kavram olarak bu manada deneye dayalı bir doğrulamanın ürünü değildir. Suç nitelmesini ya-

¹¹³ "Biyogüvenlik Kurulu, 26 Ocak 2011'de yayımlanan ilk kararlarında hayvan yemi olarak kullanılmak amacıyla, herbisit (bitki öldürücü) tolerans geni taşıyan üç çeşit soyanın ithaline izin verdi. (Biyogüvenlik Kurulu Kararları, 26.01.2011) Kurul ilk üç izni verirken, Kanun ve GDO Yönetmeliği tarafından öngörüldüğü halde, bilimsel ve sosyo-ekonomik risk değerlendirme raporlarına ek olarak başvurulması gereken kamuoyu görüşlerine başvurmadı. 24 Aralık 2011'de farklı genler içeren 13 çeşit mısırın hayvan yemi olarak ithal edilmesi için izin verilmiştir (Biyogüvenlik Kurulu Kararları, 24.12.2011). 2011'e kadar yapılan 12 toplantıda Biyogüvenlik Kurulu önüne gelen bütün izin taleplerini onaylamıştır. Soya için verilen ithalat kararında sadece yem amaçlı kullanım öngörülürken, 13. toplantıda soya küspesi elde edildikten sonra kalan yağın, ihraç edilme istemi de onaylanmıştır." Çıvgın, s. 123.

¹¹⁴ Çıvgın, s. 123.

¹¹⁵ "Büyük ölçüde Amerika kıtasında çıkan GDO'lu ürünlere Avrupa ihtiyatla yaklaşmayı tercih etmiştir. Avrupa Birliği başlangıçta GDO'lar konusunda yasaklama çabalarına girmiş, ancak, ABD ve firmalar tarafından, DTÖ aracılığıyla baskı altına alınarak 2001'de serbest bırakılmak zorunda bırakılmıştır." Çıvgın, s. 122.

¹¹⁶ Özen, Biyogüvenlik, s. 291, 292, 297.

*parken, ihlal adına yaptığımız değerlendirme, beşeri bir davranış üzerine verilen bir değer hükmünün ürünü olduğu içindir ki suç, kendini meydana getiren bir kuralı zorunlu kılmaktadır.*¹¹⁷ Kuralın tam anlamı ile korumasından yararlanabilmek ise kuralın ele aldığı hukuki konunun ancak norm tarafından bağımsız olarak korunabilmesiyle mümkündür. Bu belirleme zarar suçu ve tehlike suçunun ayırt edilmesinde son derece önemlidir. Hem tipikliğin oluşması hem de konuya ilişkin nitelikli bir halin bulunması halinde bunun somut olaya uygulanıp uygulanmayacağı noktasında belirleyicidir.¹¹⁸ BgK m.15'teki suçun tehlike suçu olarak düzenlenmesi meselesinde ispat zorlukları ile ilgili oluşabilecek problemler¹¹⁹ düşünüldüğünde, varsayılan (hipotetik) soyut bir tehlike mi yoksa somut bir tehlike olarak mı düzenlenmeli sorusunda temel mesele, oluşan tehlikenin gıda hukuku ihlalleriyle ilişkilendirilmesinin bir tercih meselesi olmaktan çıkarılmasıdır. Elbette, soyut tehlike suçlarında hareket neticeye bitişiktir. Korunan hukuki yararın gerçek manada bir tehlike ile karşı karşıya olup olmadığı araştırılmaz. Dolayısıyla, nedensellik ilişkisinin ayrıca araştırılması da gerekmez.¹²⁰ Ancak problem tam olarak bununla bitmemektedir. *“Tehlike suçları içerisinde sadece somut tehlike suçlarında yan ilişki şartının aranmadığı yani suç işlemek için bir gıda hukukunun ihlalinin gerekmediği, ancak bunlar dışında istisnai olarak gereklilik tehlikesinin gıda yasası ihlali ile birleştirilmesinin olağan olduğu”*¹²¹ ifade edilmektedir. Bu noktada, epidemiyolojik kriterlerin¹²² nasıl kullanılacağı, zararlı olmasına rağmen izin verilen içeriklerin soyut tehlike oluşturup oluşturmadığının denetlenebilmesi ve bilimsel verilerle ilişkilendirilmesi ayrı bir sorun oluşturmaktadır. Örneğin, BgK m.15/f.2 açısından GDO ve ürünlerini amaç ve alan dışı kullanma fiili, tek başına hareketin gerçekleştirilmesi- soyut tehlike suçunun mantığına uygundur. Kanun koyucu burada hareketin yapılması ile

¹¹⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 151.

¹¹⁸ Dülger, s. 382.

¹¹⁹ “Tehlike suçlarının geniş bir alanda kullanımı, ceza hukukunun idare hukukuna bağlılığı ve şirketlerde sorumluluğun paylaşılması konuları, gıda ceza hukukuyla ilgili meşruiyet problemleri olarak zikredilmiştir.” Maden, s. 81.

¹²⁰ Soyut tehlike suçlarının ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmadığı, tehlikenin bir netice ile çıkar arasındaki ilişkinin bir türü olduğu ve bu çıkarın henüz zarara uğramamış fakat zarara uğrama ihtimali olduğunda tehlikenin var olacağından bahsedilmektedir. Tehlikenin var ya da yok olması net bir tespittir. Ancak bunun dışında, zarar ihtimalinin yani belli olmayan bir tehlikenin korunan hukuki yarar bakımından tehlike yarattığının kabul edilebilir olmadığı ifade edilmektedir. Centel/Zafer/Yenerer Çakmut, s. 262.

¹²¹ Adan Nieto, Martín, “General Report on Food Regulation and Criminal Law”, Food Regulation and Criminal Justice, 2016, Ed. Adan Nieto Martín, Ligeia Quackelbeen, Michele Simonato, 1. B., Netherlands 2016, s. 46.

¹²² Epidemiyolojik kriter bir vakayı vaka olarak nitelemede kullanılan klinik tanım kriterleridir. Buna ilişkin Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esaslarına İlişkin Yönetmelik'te tanımları içeren m.4 b.s'de tanımlanmıştır. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11347&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 24.09.2023).

birlikte oluşan bir farazi zarar doğma olasılığını yahut tehlikeyi gerçekleştirme olasılığını cezalandırır görünmektedir.¹²³ Ancak, belirlenen amaç ve alan tek başına insan sağlığı açısından bir sorun oluşturabilir.¹²⁴ Amacı meşru olarak belirlediğinizde, yahut buna bile gerek olmaksızın bu prosedürel bir uygunluk olarak anlaşıldığında, buna bağlı olan fiil de hukuka aykırı hale gelmemekte ve normun koruma güvencesi işlememekte hatta tamamen ortadan kalkmaktadır. Böylelikle, epidemiyolojik parametrelerin de bir anlamı kalmamaktadır.¹²⁵ Bu noktada suçun hukuki konusu, kamu sağlığının korunması, sağlıklı yaşam hakkı ise ihlal fiilinin de hukuki konuyu koruma mekanizması gözetilerek ve bu içeriğe hizmet edecek şekilde yasal olarak düzenlenmesi gerekirdi. BgK'da bu husus, idari mekanizmalara bağlanmıştır. Bir başka açıdan ise gıda güvenliğine uyulmamasının bu suçları kişilere karşı işlenen suçlara yakın hale getirdiği ifade edilmektedir.¹²⁶ Bu durumda, yorumlama açısından İCK'daki¹²⁷ modeli göz önünde tutmak yerinde olacaktır. Gıda alanında tarımsal beslenmede haliyle pek çok sorun bulunduğu ve sorunun tamamen teknik olmayıp, coğrafi ve güçlü bir kültürel bağlılığı olan ögelerin de belirlediği bir sorun olduğu belirtilmektedir. Ceza hukuku bu bağlamda sadece normatif anlamda düzenleyici bir çerçeveyi güncelleme işlevini görmektedir. Bunun dışında, kanunda tanımlanmış ihlaller ile cezası tanımlı olmayan ihlaller arasındaki ilişkinin karmaşıklığı, somut tehlike suçları, gerçek felaketler ve varsayılan tehlike arasındaki karmaşayı derinleştiren hermenotik¹²⁸ farklılıklar,

¹²³ Yokuş Sevük, s. 264.

¹²⁴ Artemel, s. 140.

¹²⁵ Bu tip suçlarda mağdurun belirsizliği (incertam personam), kastın gayrimuayyen olması nedeniyle başvurulabilecek kanun yapımındaki modellemede epidemiyolojik paradigmalardan kullanımı anlamlı olacaktır. Neticede bu tip suçlar kişilere karşı işlenen suçlar değildir. Bu nedenle tipiklik, halk sağlığıyla ilintili belirsiz tehlike formüllerine atıfta bulunmak yerine, halkın zarar görmesiyle doğrudan ilgili kolektif bir tehlike olayı üzerine inşa edilip bu tehlikenin yeniden yorumlanması sağlanabilir. Bu da soyut tehlike (ihlal veya önleme suçu), tehlikenin somut olduğu ancak belirsiz bir mağdur üzerinden yapılandırıldığı ya da kişilere karşı işlenen suçlardaki bireysel yaralanmalar veya ölümler arasında bir köprü kurarak mümkün olabilir. Massimo, Donini, Il Progetto 2015 Della Commissione Caselli Sicurezza Alimentare e Salute Pubblica Nelle Linee di Politica Criminale della Riforma dei Reati Agroalimentari "Riforme Penali Reati Agroalimentari", (Diritto Penale Contemporaneo, Y. 2016, S. 1, s. 4-30), s. 9 https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/donini_1_16.pdf, s. 9, (Erişim Tarihi: 16.02.2023).

¹²⁶ TCK'da İtalyan Ceza Kanunu'ndan farklı olarak kişilere karşı suçların içinde malvarlığına karşı işlenen suçlara yer verilmiştir. TCK, kişiye karşı saldırıları kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ve şerefi ile sınırlı saymamış, hürriyete karşı bazı suçlara da şahsa karşı suçlar altında yer vermiştir. Zeki, Hafizoğulları/Muharrem, Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 1. B., Ankara 2010, s. 29, 30.

¹²⁷ İtalyan Ceza Kanunu.

¹²⁸ Anlamlandırma, yorumlama açısından ortaya çıkabilecek farklılıklar olarak kullanılabilir. Türkçesi yorumsama, açıklama olarak da çevrilebilir. Melike Belkıs, Aydın, "Hukuka Hermeneutik Yaklaşım: Hans-Georg Gadamer'in Felsefi Hermeneutiği", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2019, s. 5.

örneğin; “varsayılan tehlike anayasal olarak meşru ise, benzer vakalarla ilgili olarak meşru hale gelme durumunu içereceği, somut tehlike suçları,¹²⁹ göreceğimiz gibi zaten zarar ortaya çıktığında cezalandırılmasından dolayı ortaya konulacak mekanizmanın geç olabileceği belirtilmektedir. Önleyici bir mekanizmanın devreye sokulması ile sadece idari değil, önleyici anlamda da cezai yaptırımların inşasının kaçınılmazlığının önemine dikkat çekilerek tüzel kişilerin hesap verilebilirliğinin de öne çıktığı ifade edilmektedir.”¹³⁰ Kanımızca, bu tip tehlike suçlarında nedensel bağlantıyı kurabilmek adına bu suçlara özgü bir yaklaşım yöntemi-düzenleme inşa edilmelidir. Bunun hayat açısından bir pratiği ve elde edilmiş şekli olmalıdır ki buradan norm bazında bir belirleme yapılabilir. Failin bir ceza hukuku normunu ihlal ederken, fiili ile arasındaki ilişki, ceza hukukunun anlam yüklediği iradi fiil ilişkisidir. Bu bakımdan soyut tehlike suçları ile somut tehlike suçları arasında fark bulunmaktadır. Bu anlamda, ihlali nitelemenin ve korumanın gerekçesi belirliliktir. Bu nedenle idari mekanizmadan bağımsız bir norm ilişkisi geliştirilmelidir. “Sağlık; fiziksel, ruhsal ve sosyal bir iyilik hali olduğu için, bu ilişki içerisinde, tanım içerisindeki bütün parametrelerin ayrı ayrı incelenmesi ve bilimsel olarak etkililik değerlendirmelerinin yapılması gerekir.”¹³¹

Sağlık açısından gıda ile ilgili sıklıkla görülen bazı durumlar ani gelişen alerjik reaksiyonlar, antibiyotiklere karşı oluşan direnç ve sindirim sistemi üzerinde oluşan birtakım sorunlardır. Brezilya’da gerçekleşen bir olayda soya bitkisine fındık-ceviz gibi kabuğu sert meyvelerin gen proteininin aktarılması sonucu birçok alerjik reaksiyon görülmüş ve ürün piyasadan çekilmiştir. Yapılan birtakım deneylerde örneğin genetiği değiştirilmiş mısır ile 90 gün beslenen sıçanlarda ileri evrede görülebilen karaciğer-böbrek toksisitesi olduğu saptanmıştır. Yapılan araştırmada ürünle ilgili uzun dönem çalışmaların yapılması gereği ve ürünün güvenli olmadığı belirtilmiştir. Genetiği değiştirilmiş gıdalarla beslenen genç ve yaşlı sıçanların RNA’larında bazı çevresel etmenlere bağlı görülen değişimlere neden olduğu ifade edilmektedir. mRNA gen transkripsiyonlarında geçici bir azalma ve öncü-mRNA’nın oluşumunda verimlilik azalması saptanmıştır.¹³² Bu verilerin değerlendirmesi ceza hukuku anlamında birkaç yönden anlam taşıyabilir. Bunlar; nedensellik bağı ve tehlike kapsamındaki risk ve öngörülebilir risk açısından yapılacak değerlendirmelerdir. BgK m.15’te düzenlenen cezai sorumluluğun doğması için, fiilin ihlali için kanuna

¹²⁹ Somut tehlike suçlarında ihlal edilen fiilin suçun konusu bakımından bir tehlike oluşturması bu suçlar bakımından unsur yerine, cezalandırılabilme şartı şeklinde anlaşılmalıdır. Murat, Aydın “Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması”, (Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2007, C. 2, S. 6, s. 50-59), s. 52 vd.

¹³⁰ Donini, s. 5.

¹³¹ Dilek, Aslan/İlhan, Bayazit “Farklı Boyutları ile Genetiği Değiştirmiş Organizmalar: Kısa Bir Değerlendirme”, Ankara Tabip Odası, 1. B., Ankara 2010, s. 50.

¹³² Aslan/Bayazit, s. 50.

aykırı olarak anılan fiillerin yerine getirilmesi şartına bağlanmaktadır. Ancak, risk değerlendirmesinin idari bir karar olması karşısında ve yine risk değerlendirmesinde BgK m.3 uyarınca GDO içeriği bulunmasına rağmen, bunun 10 yıl süre ile risk oluşturmayacağına idari mercilerce karar verilen durumlar için, bu anılan kanuna aykırılığın 10 yıl süre ile söz konusu bile olmaması demektir. Bu da her şeyden önce öngörülen tehlike suçu düzenlemesinin mantığına aykırıdır.

C. BgK m.15'teki Suçların Hukuki Yapısına İlişkin Değerlendirmeler

1. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler

BgK m.15'te dört fıkra halinde düzenlenen suç bakımından suçun yapısına bakıldığında, hukuka uygunluk nedenleri açısından meşru savunma, kanun hükmünü yerine getirme ve hakkın kullanılması bakımından bu hükümleri uygulamanın mümkün olmadığını ifade etmek gerekir. Bir hukuka uygunluk nedeni olan, ilgilinin rızası açısından, bu suçlar bakımından rıza gösterecek kişi toplum olduğundan bu hüküm de uygulanamaz. Yine bu suçlar açısından savunduğumuz görüşe göre, kusurluluğu kaldıran bir hal olan,¹³³ zorunluluk hali de uygulanamaz. Yetkili amirin emrini yerine getirmek açısından yine bu hükümler uygulanamaz. Ancak, bu suç bakımından cebir veya tehdit hükümleri uygulanabilir. BgK m.15'te düzenlenen suç bir başkasının cebir veya tehdidi sonucu işlenmek zorunda kalınmışsa suçun faili, bu hareketlere maruz kalarak suçu işleyen kişi değil, bu hareketleri yaparak suçu işleyen kişi veya kişilerdir.¹³⁴ Bu suç bakımından hata hükümlerinin uygulanması ise, suçun maddi konusu üzerinde hata yapılmak suretiyle gerçekleşebilir. Kişi sattığı ürünün GDO içeren ya da GDO katkısı içeren bir ürün olduğunu bilmeyebilir. Bu durumda failin kastının bulunmaması suçların da taksirli hallerinin düzenlenmemiş olması nedeniyle sorumluluk cihetine gidilemeyecektir. Suç, maddede anılan hareketlerin işlenmesiyle tamamlanacaktır.

2. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Suçun özel görünüş şekillerinden, teşebbüsün mümkün olması, hareketlerin parçalara bölünebildiği durumda mümkündür. Aksi halde, teşebbüs mümkün değildir.

Bu suç bakımından, iştirak, özel bir özellik göstermez. Bu suçun iştirakin tüm şekilleri ile işlenmesi mümkündür. BgK m.15/f.1-4 arasında düzenlenen hareketlere doğrudan doğruya katkı sağlanması durumunda müşterek faillik gündeme gelecektir. Bu durum, TCK m.37/f.1'de "*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*" şeklinde

¹³³ Kan, s. 114 vd.

¹³⁴ Özen, Biyogüvenlik, s. 299.

düzenlenmiştir. Yine aynı şekilde öngörülen hareketlerin bir başkasının araç olarak kullanılarak işletilmesi mümkündür. TCK m.37/f.2’de bu kişi fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bu hareketlerin suç işleme düşüncesi olmayan bir kişide suç işleme düşüncesi oluşturularak azmettirme yoluyla işlenmesi de mümkün olup, TCK m.38/f.1 uyarınca kişi işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır.

Koşulları gerçekleştiği takdirde, fikri içtimanın da uygulanabilmesi mümkündür. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için BgK m.15’te dört fıkra halinde düzenlenen suç için iki ihtimal söz konusudur. Bu suçlar eğer bağımsız suç düzenlemesi olarak kabul edilirse, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için birden çok işlenen suçun aynı fıkroda düzenlenen suç olması gerekir. Bu suçlar eğer bağımsız suç düzenlemesi olarak kabul edilmeyip bir suçun işleniş şekilleri olarak kabul edilirse, birden çok işlenen suçun aynı fıkroda düzenlenen suç olması gerekmez. Farklı fıkralarda düzenlenen suçların işlenmesi halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanır.¹³⁵ Biz bu suçlardan BgK m.15/f.4’te düzenlenen suç dışında bağımsız suç olmadığını görüştünü benimsiyoruz.

Normların görünüşte içtimasında somut olayda uygulanabilir gözüken birden fazla norm olmasına rağmen, bu normlardan sadece birinin uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır.¹³⁶ Bu durumda olaya uygulanması muhtemel kanunların çokluğu bulunmaktadır.¹³⁷ BgK m.15/f.4’te düzenlenen “... fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka suç oluşturmadığı” ifadesi normların görünüşte içtimasına bir örnektir. TCK m.185’te düzenlenen “Zehirli madde katma” ile TCK m.186’da düzenlenen “Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti” suçları ile BgK m.15’te dört fıkra halinde sayılan suça bakıldığında, TCK m.186/f.1 ile görünüşe içtima hükümleri gündeme gelebilir. TCK m.186/f.1’de “Kişilerin hayat ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş veya değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeylerle ilaçların satımı, tedariki ve bulundurulması” ifadesi geçmektedir. “Bu fiilleri yapan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezası verilmektedir.” BgK m.15/f.2 ve f.3’e bakıldığında TCK m.186/f.1 ile aralarında görünüşte içtima ilişkisi dikkati çekmektedir. Burada üzerinde durabileceğimiz BgK’daki her iki normun da kamu sağlığını korumasıdır. Bu gibi durumlarda, genel norm-özel norm ilişkisi söz konusu olduğundan, genel normun uygulanmasını engelleyen özel norm uygulanır.¹³⁸ Dolayısı ile yalnızca BgK m.15/f.2 ve f.3’ten sorumluluk cihetine gidilmelidir.

¹³⁵ Özen, *Biyogüvenlik*, s. 299, 300.

¹³⁶ Özgenç, s. 718.

¹³⁷ Mahmut, Kaplan, “Ceza Hukukunda Özel Genel Norm İlişkinin Tespiti”, (*Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2023, C. 18, S. 53, s. 487-524), s. 490.

¹³⁸ Özgenç, s. 718, Özen, *Biyogüvenlik*, s. 300.

Normların gerçek içtimaina bakıldığında, BgK m.15/f.4'ün gerçek içtima düzenlemesine yer verdiği görülmektedir. BgK m.15/f.4'te ilk cümlede düzenlenen suçtan dolayı cezai yaptırım uygulanacaktır. BgK m.15/f.4'ün ifadesinde “*Yalan beyanda bulunarak bu Kanun hükümlerine göre alınması gereken ithal veya işleme iznini alan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu izne dayalı olarak GDO'ların, GDO ve ürünlerinin veya GDO'lardan elde edilen ürünlerin ithal edilmesi, işlenmesi, kullanılması, satışa arz edilmesi, satılması, devredilmesi, kabul edilmesi, nakledilmesi veya bulundurulması halinde, ayrıca yukarıdaki fıkralardaki hükümlere göre cezaya hükmolunur.*” denilmektedir. Bu hükme göre maddede anılan fiillerin işlenmesi BgK m.15/f.2 ve f.3'te suç olarak düzenlendiği ve ayrıca yukarıdaki fıkralara göre cezaya hükmolunur dediği için bu suçlardan da cezai yaptırım uygulanacaktır. Ancak dikkat çekici bir şekilde, BgK m.15/f.4'te yer alan “işlenme” kelimesi her iki fıkrada da yer almamaktadır. Burada işlenme kelimesi suç oluşturan seçimlik hareketlerden biri gibi kabul edilmiştir. Fakat bu hareketin normun gönderme yaptığı fıkralarda yer almaması, BgK m.15/f.4'ün ikinci cümlesinin yardımcı norm niteliğinde olması nedeniyle, yasaklanan hareketin belirtilip yukarıdaki bu fıkralara gönderme yapılması nedeniyle, sorumluluk cihetine gidilebilmesi için açıkça fiili tanımlayan bu ifadenin gönderme yaptığı normlarda da yer alması gerekmektedir. Bu durum kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.¹³⁹

SONUÇ

GDO'lu gıdaların riskleri ve uzun vadeli etkilerine ilişkin yeterli süre geçmesi ile ilişkili olarak elimizde kesin bilimsel sonuçlar bulunmamaktadır. Bununla birlikte, GDO'nun üretim aşamasında kullanımını savunan çevreler, GDO'ların verimi arttıracığı ve dünyadaki açlığın sonlandırılmasında önemli bir rol alacağını iddia etmektedirler. Aksi yöndeki FAO raporları ise bunun verim artışı sağlamadığı ve açlığa çözüm olmadığı yönünde tespitler içermektedir. Küresel manada tohum üretimi ile ilgili olan şirketlerin aynı zamanda zirai içerikte ilaçların da üreticileri olması, endüstriyel tarım yöntemlerini kullanan ve arzı oluşturan sermaye ile talep arasındaki sıkı ilişki, GDO'lu tohumların yaygınlaştırılması isteği karşısında üreticilerin bu şirketlere yarar sağlayarak bağımlı hale getirilmesi fikrini de barındırabileceğinden bu zincire ihtiyatla yaklaşmayı gerektirmektedir.¹⁴⁰ Sağlık hakkının bir bileşeni olan gıdanın, biyoteknolojinin gelişmesi sonucunda

¹³⁹ Özen, Biyogüvenlik, s. 301.

¹⁴⁰ Nida, Dinçtürk, “Tohum dosyası (III): İthal tohumlar bizi zehirliyor mu?”, 11 Mayıs 2020 tarihli yazı, <https://teyit.org/tohum-dosyasi-iii-ithal-tohumlar-bizi-zehirliyor-mu>, (Erişim Tarihi: 18.07.2023).

genetik müdahalelere konu olması, gıda güvenliğine ilişkin kamusal makamların sorumluluğunu genişletmektedir.

Türk hukukunda GDO'lu gıdaların güvenliğinin sağlanmasına ilişkin öngörülüş "önleyici" ve "düzeltici tedbirler"; devletin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ilişkin koruma yükümlülüğünün başlıca gerekleridir. Bunun için de ilk yapılması gereken; işler bir mevzuat üretmektir. GDO'lu gıda üreticilerinin sorumluluğu, tüketicilerin hakları ve kamusal makamların yükümlülüğü üzerine inşa edilen Biyogüvenlik mevzuatı; riski tanımlama; riski yönetme ve sorumluluk/tazmin olmak üzere üç temel prensipten oluşmaktadır. GDO'lu gıdaların insan sağlığı üzerindeki faydaları ve zararlarına ilişkin pek çok çalışma ortaya konmuşsa da nihai olarak kesin bir bilimsel sonuca henüz ulaşamamıştır. Nitekim bu "risk" in varlığı Türk biyogüvenlik mevzuatında da kabul edilmiş, fakat "risk" in ne olduğu tanımlanmamıştır. Biyogüvenlik mevzuatındaki bu belirsizlik ceza hükümlerini daha dikkatle ele almayı gerektirmektedir. BgK m.3'e göre risk değerlendirmesi yapılarak risk içeren başvurular reddedilecek, içermeyenler için ise on yıl süreyle risk değerlendirme raporu geçerli olacaktır. Riskin yönetimi kapsamında verilen izin iptal edilebilmekte ise de eşik değer %0.9 oran ve bu oranın aşışında tespit edildiğinde GDO bulaşanı olarak nitelenmektedir. Yine her ne kadar BgK m.3'te GDO'lu ürünler için anılan fiiller bilimsel esaslara göre yapılacak risk değerlendirme kararına göre sınıflandırılmışsa da öngörülmeyen riskler için herhangi bir kriter konmaması dikkat çekicidir. Bu durumda ortaya çıkacak sonuç, farklı içeriklere ilişkin kriter konmadığı için varsayılan belirlenmeden sonra, yalnızca on yıl süre ile yapılan başvuruların geçerli olması on yıllık süreyi aşan ve gerçekleşen risklerin kapsam dışında kalmasıdır. Bu, izin verilen riskte sürdürülebilirliğin ve kapsamının belirsizliğine yol açmaktadır. Bu nedenle, tehlike suçu olarak düzenlenen bir yapıda, belirsizlik nedeniyle zararın esas alınması gibi bir sonuç da dolaylı olarak ortaya çıkmaktadır. Yine, örneğin bir başka ürünle getirilen içerikte yer alan GDO için bir sınırın bulunmaması, bu nokta açısından da risk aşımı bakımından ihlalin belirlenememesi sorununu ortaya çıkarmaktadır. Özellikle, uzun zamana yaygın etkilerin, çevresel etmenlerle birleştiğinde oluşan nedensellik bağı problemi, önemlidir. Bu konuda, bir eşik değerdeki ifade ettiğimiz belirsizlik, riskin ve risk aşımının belirlenebilmesi yönünden ciddi bir sorun oluşturmaktadır. GDO tespiti, gıdanın son hali üzerindeki genetik müdahaleyi her zaman göstermemektedir. Buna göre, 0.9 oranına göre eğer bundan fazla bir oran çıkmış ve ürün GDO etiketli ise onaylanan GDO adı altında yurda girişine izin verilirken, onaylanmayan GDO etiketsiz ise yurda girememektedir. Bebek mamaları ve ürünlerinde bir risk unsuru olarak yasaklanan GDO riskin belirlenemediği durumlarda risk salt zarara indirildiği için,

ispat güçlüğünü de beraberinde getirmektedir. Bu noktada, eşik değer olarak belirlenen %0.9 değerinin ise hangi bilimsel esaslarla belirlendiği belirsizdir. Bu, aynı zamanda kanuna aykırı fiil bakımından ihlalin sınırlarını belirlemeyi de güçleştirmektedir. Kanunilik ilkesinin geçerli olduğu bir sistemde cezai normların böyle bir belirsizliği ortadan kaldıracak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir. Hal böyle olunca, riskin belirsizliği, doğal olarak riskin gerçekleşmesine yönelik önleyici tedbirleri ve risk gerçekleştiğinde uygulanacak düzeltici tedbirleri de etkilemektedir. Bu belirsizlik bir yandan zararın ispatı sorununu doğururken, diğer yandan da zarardan doğacak sorumluluğu muğlaklaştırmaktadır.

GDO kullanılarak üretilen gıda ve buna bağlı içerikler konusunda dikkati çeken bir başka problem, BgK ile konulmuş bastırıcı ve önleyici mekanizmanın etkin bir şekilde işlememesidir. Örneğin BgK m.15'te sırf davranış suçu modellenmesi ile risk belirlemesine ilişkin yapının uyuşmaması nedeniyle, ifade ettiğimiz riskin belirlenmesine ilişkin problem bir yana, bu model karşısında belirlenmesi de anlamsızlaşmaktadır. Yine BgK m.5'te yasaklar anlamında belirtilen yasak fiillerin yaptırımsız bırakılması, bu fiillerin yaptırım olmadan kanunda tanımlanması yalnızca edebi bir anlam ifade etmektedir. Öyle ki bu durum için ancak BgK m.5 ile BgK m.15 birlikte değerlendirildiğinde çözüm üretilebilmektedir. Bu konudaki denetimler yönetmeliğe bağlı olacaktır. Ancak bu yapılandırma da sıkıntılar bulunmaktadır. Deneysel esaslı serbest bırakma faaliyetlerinin ne olacağı belirsizdir. Bu yönde bir düzenleme yapılmamıştır. GDO Yönetmeliği m.8, GDO Yönetmeliği m.6 kapsamında risk oluşturmayacağı belirtilen başvurular için on yıllık süre şartı koymasına rağmen, bu on yıl dolduktan sonraya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu belirsizliği özellikle genetik mekanizma üzerindeki değişikliklerin uzun vadede kendisini kanser ve otoimmün hastalıklar olarak göstermesi nedeniyle cezai bakımdan nedensellik bağı kurulamamaktadır. Nedensellik bağı kurulduğunda, bu suçların kasten öldürmeye teşebbüs olarak değerlendirilmesi mümkün olsa da yine BgK ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Çünkü bunun için GDO içeriğinin direk öldürme kastı ile kullanılması gerekir. Fiilin taksirli hali tanımlanmadığından bu yönde bir değerlendirmede bulunmak ise mümkün değildir. BgK m.15/f.1 açısından cezai sorumluluk bağlamında kanun hükümlerine aykırılıkla ilişkilendirilirken f.2 ve f.3'te cezai sorumluluk doğrudan belirtilen esaslar çerçevesinde belirlenmektedir. BgK m.15/f.1, f.2, f.3 ve f.4 kapsamında tanımlanan hareketler için GDO'nun tespiti ve oranı belirlenmesi olmadığı için mevzuatta farklı tanımlanan GDO'lu ürün ile GDO kalıntılı ürünü ayırmak mümkün değildir. Bu da normda öngörülen sorumluluğu objektif sorumluluğa yaklaştırmaktadır.

Kişinin, daha önce içinde GDO'lu ürün taşıyan bir nakliye aracına bu durumu bilmeden ürün yerleştirmiş ve bu ürünleri taşımış olması durumunda bu ürünlerden aktarılan bulaşı ile çok rahat bir şekilde taşıyan ürünlerde GDO tespiti yapılmış olabilir. Bu durumlarda GDO ve ürünleri için gerçek ve tüzel kişilere hem başvuru ve esaslar kısmında hem de BgK m.15/f.6'da yükümlülük yüklenmiş ve karşılığında idari para cezası öngörülmüştür. Buna göre BgK m.7/f.1 uyarınca analiz işlemlerini Bakanlık yapacaktır. Bakanlık analiz sonuçları ve netice üzerinden hareket ettiği için bu durum kast olarak yorumlanıp sorumluluk cihetine gidilmesine yol açabilir. Bazen bu durum hata ile de meydana gelebilir. Kişi sattığı ürünün GDO içeren ya da GDO katkısı içeren bir ürün olduğunu bilmeyebilir. Bu durumda da failin kastının bulunmaması suçların da taksirli hallerinin düzenlenmemiş olması nedeniyle sorumluluk cihetine gidilmesi gerekmektedir.

Bu konuda yapılması gereken bir başka tartışma, yasaklar kapsamında BgK m.5'te düzenlenmiş fiilleri işleyerek, örneğin, onay alınmaksızın bir ürünü kanuna aykırı olarak piyasaya sürmenin taksir kapsamında ele alınıp alınmayacağıdır. Elbette bu anılan fiillerin kastla ve taksirle ortaya çıkabilmesi mümkündür. Sorumluluğun düzenlendiği BgK m.15 kapsamında taksirli sorumluluk düzenlenmediğinden BgK m.15 anlamında herhangi bir yaptırımın doğmasının mümkün olmaması gerekir. Ancak BgK m.15 kapsamında GDO ve ürünlerini kanuna aykırı olarak ithal etme, üretme, satışa arz etme ve benzeri fiiller neticesinde insanların yaralanması ve ölmesi neticesinde fail ayrıca kastla ve olası kastla öldürme ve yaralama suçlarından cezalandırılacaktır. Suçun taksirle işlenmesi halinde de failin ayrıca taksirle öldürme ve yaralama suçlarından cezalandırılması söz konusudur.

Son olarak BgK m.15/f.1'de yer alan beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası, BgK m.15/f.2'de yer alan dört yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ve BgK m.15/f.3'te yer alan üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası düzenlemelerinde cezaların alt ve üst sınırları arasında hakim takdir yetkisini kullanacağı makas aralığının çok geniş tutulmuş olması, ceza hukukundaki fiil ile yaptırımın denk olması ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Adil bir ceza, cezalandırıcı adalet anlayışı ile faydacı adalet anlayışlarının kesişiminden oluşmaktadır. Bu hem orantılı ceza tayini konusunda kanun koyucuya getirilen bir yükümlülüktür, hem de hakimlere cezanın orantılı uygulanması yönünde takdir yetkisini kullanırken keyfiyete kaçmadan, kanuni ve yeterli gerekçeye dayanarak belirleme zorunluluğu yüklemektedir. TCK m.3'te yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi de suç işleyen kimsenin fiiline verilecek cezanın kişinin bu fiili ile orantılı olması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle madde kapsamındaki anılan yaptırımların yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Tüm bu ifade edilenlerle birlikte GDO suçlarına ilişkin öncelikle ulusal bir politika oluşturulmalı, mevzuatımızın bu yönden eksiklikleri ihlalleri kapsar şekilde giderilmelidir. TCK'da yer alan gıda suçlarında ise fiil, GDO'lu gıda ile ilişkili olarak doğrudan tanımlanmalıdır. Özel ceza içeren kanuni düzenlemelerde ise suç tiplerinin belirlenmesi için ilgili maddede öngörülen hareket şekilleri, idari tanımlardan arındırılarak bağımsız hale getirilmeli ve normun içeriğinde yaptırım ile birlikte düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- ARTEMEL, Mehmet Nafi: Biyogüvenlik Hukuku, 1. B., İstanbul 2014.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. B., Ankara 2021.
- ASLAN, Dilek/BAYAZIT, İlhan: Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar: Kısa Bir Değerlendirme, Farklı Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar, Ed. Dilek Aslan/Meltem Şengelen, 1. B., Ankara 2010.
- AYDIN, Melike Belkıs: "Hukuka Hermeneutik Yaklaşım: Hans-Georg Gadamer'in Felsefi Hermeneutiği", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2019.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. B., İstanbul 2016.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. B., Ankara 2022.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 15. B., İstanbul 2021.
- DÜLGER, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. B., İstanbul 2021.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. B., Ankara 2016.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu, 2. B., Ankara 1996.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 1. B, Ankara 2010.
- İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. B., İstanbul 2021.
- KAN, Çağrı: Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, 1. B., Ankara 2018.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. B., Ankara 2021.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil: Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.
- ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, 1. B., İstanbul 1992.
- ÖZEN, Mustafa: Gıda Hukuku, 2. B., Ankara 2015.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. B., Ankara 2021.
- PALAZZO, Francesco: Introduzione Ai Principi Del Diritto Penale, 1. B., Torino 1999.
- ÜNAL, Osman Gazi: Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları, 1. B., Ankara 2023.
- VIGANO', Francesco: Stato Di Necessita'e Conflitti Di Doveri, 1. B., Milano 2000.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan: Çevre Hukuku, 2. B., Ankara 2017.

Makaleler

- AKBULUT, Berrin: "İdari Para Cezası ve İdari Para Cezasının Belirlenmesi", Çatalhöyük International Journal of Tourism and Social Research, Y. 2022, S. 9, s. 87-99.

- AYDIN, Murat: “Genel Güvenliği Kasten Tehlikeye Düşürmek Suçu Silah Kavramı ve Yargıtay Uygulaması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2007, C. 2, S. 6, s. 50-59.
- BEYKAYA, Mehmet: “Türkiye’de Gıda Endüstrisinde Gıda Güvenliği ve Denetimlerin Rolü: İğdir İli Örneği”, *İğdir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi*, Y. 2020, C. 10, S. 1, s. 260-270.
- ÇIVGIN, Hatice: “Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye’deki GDO Düzenlemeleri Işığında Biyogüvenlik Kurulu Kararları”, *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, Y. 2016, C. 14, S. 53, s. 112-139.
- ÇOBAN, Aykut: “Türkiye’de GDO Düzenlemesi ve Sosyo-Ekolojik Sorunlar”, *Görünmez Elin Ekolojisi, Biyogüvenlik ve GDO*, Ankara 2010, s. 43-67.
- ÇUBUKÇU, Büşra Sevde: “Türk Ceza Hukuku’nda Görünüşte İctima”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2019, C. 14, S. 154, s. 1181-1190.
- DOĞAN, Beşir Fatih/IŞIKTAÇ, Esra: “5977 Biyogüvenlik Kanunu Kapsamında Temel Esaslar ve Hukuki Sorumluluk”, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2023, C. 5, S. 1, s. 33-79.
- DOĞAN, Koray: “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İctimai Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2014, C. 5, S. 16, Ankara, s. 179-208.
- DONINI, Massimo: “Health Protection and Food Safety Regulation in Italy: From The Current Legislation to Reform Project of 2015”, *Food Regulation and Criminal Justice*, 2016, Ed. Adan Nieto Martín/Ligeia Quackelbeen/Michele Simonato, Netherlands 2016, s. 225-244.
- DÖNER, Ayhan/KELEK, Mücahit: “Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C. 19, S. 3-4, s. 3-21.
- ERSOY, Uğur: “Ceza Hukukunun Gri Alanı Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2020, C. 11, S. 41, s. 27-64.
- GÜLEŞCİ, Yusuf: “5977 Sayılı Biyogüvenlik Kanunu’nun İncelenmesi”, *Sağlık Hukuku Digestası*, Ankara Barosu Yayınları, Y. 2021, C. 2, S. 2, s. 159-180.
- GÜRPINAR, Damla: “Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2013, C. 15, S. Özel Sayı, s. 1067-1110.
- KAPLAN, Mahmut: “Ceza Hukukunda Özel Genel Norm İlişkisinin Tespiti”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2023, C. 18, S. 53, s. 487-524.
- KIVILCIM, Zeynep: “Cartagena Protokolü ve Türkiye Biyogüvenlik Mevzuatı”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Y. 2012, C. 20, S. 1, İstanbul, s. 99-121.
- MADEN, Mehmet: “Gıda Ceza Hukukunun Bazı Temel Kavramları ve Genel Yapısı Üzerine Mukayeseli Bir İncelemesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Y. 2019, C. 7, S. 1, s. 81-91.
- MARTIN, Adan Nieto: “General Report on Food Regulation and Criminal Law”, *Food Regulation and Criminal Justice*, 2016, Ed. Adan Nieto Martín/Ligeia Quackelbeen/Michele Simonato, Netherlands 2016, s. 17-64.

- ÖZBEK, Veli Özer: “Zehirli Madde Katma ve Bozulmuş veya Değiştirilmiş Gıdaların Ticareti Suçları (TCK m.185 ve m.186)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Y. 2019, C. 21, S. Özel Sayı, s. 95-119.
- ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Sorunu”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 417-457.
- ÖZEN, Mustafa: “5977 Sayılı Biyogüvenlik Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar”, (Biyogüvenlik), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2014, C. 0, S. 113, s. 283-306.
- ÖZEN, Mustafa: “Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar”, (Kamu Sağlığı), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2008, C. 66, S. 2, s. 163-190.
- ÖZLÜER, Özkaya İlgın/ÖZLÜER Fevzi: “Biyogüvenlik Yasası Korkunun Ekolojisi”, Görünmez Elin Ekolojisi Biyogüvenlik ve GDO, Ed. Ekoloji Kolektifi, 1. B, Ankara 2010, s. 137-156.
- SALTIK, Ahmet: “Genetiği Değiştirilmiş Gıdalar ve Halk Sağlığı”, Farklı Boyutlarıyla Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar, Ankara 2010, s. 33-40.
- TAŞKIN, Ozan Ercan: “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Y. 2015, C. 3, S. 1, s. 119-166.
- UĞUR, Hüsamettin: “Kabahatler Kanunu ve 5252 sayılı Kanuna Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2009, S. 85, s. 189-219.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Türk Ceza Yasasında Zehirli Madde Katma Suçu (TCK m.185)”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2007, C. 2, S. 4, s. 247-262.
- YENİ, Onur: “Sürdürülebilirlik ve Sürdürülebilir Kalkınma Bir Yazarın Taraması”, Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 16, S. 3, s. 181-208.

Elektronik Kaynaklar

- Biyogüvenlik Kanunu Tasarısı ile Çevre, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler, Avrupa Birliği Uyum ile Tarım, Orman ve Köy İşleri Komisyonları Raporları (1/789, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c064/tbmm23064074ss0473.pdf>).
- Biyogüvenlik Mevzuatı Uygulama Talimatı, [https://vskn.tarimorman.gov.tr/pendik/Belgeler/BIYOGÜVENLIK_MEVZUATI_UYGULAMA_TALIMATI_30.05.2018_DeGISIKLIGI_pdf.%20\(1\).pdf](https://vskn.tarimorman.gov.tr/pendik/Belgeler/BIYOGÜVENLIK_MEVZUATI_UYGULAMA_TALIMATI_30.05.2018_DeGISIKLIGI_pdf.%20(1).pdf).
- Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esaslarına İlişkin Yönetmelik, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11347&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>.
- ÇETİNER Selim: “Biyogüvenlik Nedir, Ne Değildir?”, http://research.sabanciun.edu/18136/1/Biyog%C3%BCvenlik_Nedir_Ne_de%C4%9Fildir.pdf).
- Cumhuriyet, “Küçük Salıha’nın Ölüm Nedeni Netleşti”, 13.09.2021 tarihli haber, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/kucuk-salihanin-olum-sebebi-netlesti-zehirli-nar-1868440>.
- DİNÇTÜRK, Nida: Tohum dosyası (III): İthal tohumlar bizi zehirliyor mu? 11 Mayıs 2020 tarihli yazı, <https://teyit.org/tohum-dosyasi-iii-ithal-tohumlar-bizi-zehirliyor-mu>.

DONINI, Massimo: Il Progetto 2015 Della Commissione Caselli Sicurezza Alimentare e Salute Pubblica Nelle Linee di Politica Criminale della Riforma Dei Reati Agroalimentari, “Riforme Penali Reati Agroalimentari”, Diritto Penale Contemporaneo, Y. 2016 S. 1, s. 4-30, https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/donini_1_16.pdf.

<https://www.eurotopics.net/tr/204669/glifosat-davasinda-karar-monsanto-ya-254-milyon-ceza#>.

<https://www.greenpeace.org/turkey/Global/turkey/report/2014/06/GDO%20rapor.pdf>.

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

[https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6331&MevzuatTur=1&MevzuatTip=5#:~:text=\(3\)%20İřyeri%20hekimisi%20veya%20sađlık,sađlık%20hizmeti%20sunucularına%20sevk%20eder](https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6331&MevzuatTur=1&MevzuatTip=5#:~:text=(3)%20İřyeri%20hekimisi%20veya%20sađlık,sađlık%20hizmeti%20sunucularına%20sevk%20eder).

ZIRULIA, Stefano: “I Riflessi Del Danno Ambientale Sulla Salute Umana Criticità e Prospettive della Prova Epidemiologica ‘Omicidio e Lesioni Personali, Epidemiologia’”, Il Nuovo Diritto Penale Ambientale, Diritto Penale Contemporaneo, Sayı: 1, 2018, https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/zirulia_1_18.pdf, s. 212-231.

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk Kliniği Dersi Kapsamında Yapılmış Kadın Avukat Görüşmelerinin Değerlendirilmesi^(*)

The Evaluation of Female Lawyer Interviews That Have Been Structured within the Scope of Başkent University Faculty of Gender and Law Clinic Course

Dr. Öğr. Üyesi Hatike Dilara AĞAOĞLU CANAY^(**)

Öz:

Klinik hukuk eğitimi, hukuku, öğrencilerin "gerçek" hayatla temas etmesini sağlayarak öğrenmelerini öngören ve amaçlayan bir yöntemdir. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinde hukuk kliniği, 2019-2020, 2020-2021 ve 2021-2022 öğretim yıllarında "Toplumsal cinsiyet ve hukuk" içeriğiyle açılmış, dersin çıktısı olarak öğrencilerin toplam 164 kadın avukatla gerçekleştirmiş olduğu görüşmeler değerlendirilmiştir. Yazıda klinik hukuk eğitiminin ne olduğu, amaçları, işlevleri kısaca açıklanmış, kliniğin Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde ne şekilde gerçekleştirildiği görüşme içerikleri yorumlanarak ortaya konmuştur. Çalışma, avukatlıkta meslek için eğitimler ya da staj eğitimlerinin bu görüşmelerde işaret edilmiş konuların dikkate alınarak içeriklendirilmesi için yol gösterici bir işlev de yerine getirmiştir. Ayrıca klinik öğrencileriyle tasarlanmış olan görüşme soruları sosyolojik veri analizine konu edilecek şekilde formüle edilmiş olup, bu çalışma, konunun nicel ve nitel metotlarla periyodik olarak takip edilmesinin de gerekli ve önemli olduğunu göstermiştir.

Anahtar Kelimeler:

Hukuk Eğitimi, Hukuk Kliniği, Feminist Avukatlık, Hukuk Metodolojisi, Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk.

Abstract:

Clinical law education is a method that presumes and aims students to learn by touching the "real" life. Legal clinic at Başkent University Faculty of Law has been fulfilled in 2019-2020, 2020-2021 and 2021-2022 academic years

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 04.06.2024 - Makale Kabul Tarihi: 12.06.2024.

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: hdacanay@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7980-7856>.

with the content of "gender and law". As the outcome of the course, 164 interviews evaluated that has been held by students with women lawyers. In this article, briefly explained what clinical education is, and it's goals. Also by evaluating the interviews, in what way the clinical practice has been done in Başkent University Faculty of Law. This paper may serve a guiding role to prepare lawyers internship or vocational training programs' contents. Interview questions have been designed with students as a teamwork, they have been formulated as to be the material for sociological data analysis. So this work reveals the importance of this issue should be kept up with qualitative and quantitative methods, periodically.

Keywords:

Law Education, Legal Clinic, Feminist Advocacy, Legal Methodology, Gender and Law.

GİRİŞ

Hukukçuluk, zamanın ve teknolojinin meslekleri değiştirmesine, dönüştürmesine, kimilerini gözden düşürmesine kimilerini öne çıkarmasına rağmen önemini ve değerini korumakta olan bir meslektir. Hukukun ne olduğunun tartışılmaya başlamasından önce, tarih sahnesine yargılama faaliyetinin çıkmış olduğu, bu bağlamda hukukun adeta bir zanaat gibi, beceri gerektiren ve usta çırak ilişkisi içinde öğrenilen/öğretilen bir meslek olduğu bilinmektedir.

Üniversite yapısı içinde hukuk eğitiminin kurumsallaşması 11. yüzyılda Avrupa'da başlamıştır.¹ Geleneksel olarak taktır yöntemiyle, kürsüde duran bir hocanın karşısındaki öğrencilere anlatması, sonra anlattıklarının doğru öğrenilip öğrenilmediğinin, hatta ezberlenip ezberlenmediğinin sözlü ve/veya yazılı şekilde sınıdığı bir hukuk eğitimi yöntemi yüz yıllarca uygulanmıştır. Varsayımsal olaylar üzerine kurulu pratik çalışmaların yapılıp yapılmaması tümüyle hocanın inisiyatifindedir.² Aşağı yukarı son yüz yıl ise, eğitimin bütün bileşenleriyle sorgulandığı, eleştirildiği bir süreç olarak hukuk eğitiminde de alternatif arayışlarına sahne olmuştur.

Bilgi kavramının kendisinin, buna ilişkin felsefenin, yine eğitimin ve eğitim felsefesinin de paradigmatik değişikliklere yol açacak kadar yoğun eleştirilere tâbi olduğu bir çağda yaşamaktayız. Veri anlamındaki bilginin ve eğitim kaynaklarının çok miktarda, her yerden çok kolay ve herkes tarafından ulaşılabilir olması, geleneksel eğitimle sağlanan bilginin işlevinin ve niteliğinin sorgulanmasına neden olmuştur. Yani mesele sadece bilginin teorik ya da uygulamalı niteliğiyle değil, neliği ve oluşturulma süreciyle de ilgilidir. Klinik hukuk eğitimi de bu bağlamda öğrencinin bilgiyi oluşturmasını sağladığı gibi, eğitimciyi de öğrenmeyi organize eden olarak yeniden tanımlayan bir işleve sahiptir.

¹ ATALAY, Ahmet Haluk/ÇATALOLUK, Gökçe, Hukukun Feneri ve Günümüzde Bir Sanat Olarak Öğretimi, *Hukuk Kuramı*, C. 2, S. 6, Kasım-Aralık 2015, s. 52.

² ANSAY, Tuğrul, Hukuk Eğitiminde Reform (Bir Deneme), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1-2, 1969, s. 304.

Bu arayışların doğurduğu bir yöntem olan klinik hukuk eğitimi; öğrencinin alışılmış pasif, dinleyen, anlatılanı tekrarlaması beklenen pozisyonundan çıkıp öğrendiğini çeşitli yöntemlerle uygulama ve sahayla temas edip kendi bilgisini üretmesini sağlamayı amaçlar. İtalya Temyiz Mahkemesi Başkanı *Mariano D'Amelio*'nun makalesinin çevirisinin 1936'da yayınlanmasıyla Türk literatürüne girdiği söylenebilecek klinik yöntem, hukuk eğitimi tıp eğitimiyle karşılaştırılarak açıklanmıştır.³ *Ansay* da 1969 tarihli makalesinde, hukuk eğitimi yöntemleri içinde klinik çalışmaları açıklamış ve ABD örneklerini anlatmış, yöntemin özellikle avukatlık ve yargıçlık yapmak isteyen öğrenciler için uygun olduğunu söylemiştir.⁴ Hukukun ve hukuk eğitiminin bilişsel niteliğinin öne çıkarılarak, usta çırak ilişkisiyle de örneklenebilecek zanaat/sanat tarafının ihmal edilemediği tespiti ve eleştirisi de, klinik hukuk eğitiminin tartışılma zemininde bulunmaktadır.⁵

Klinik hukuk eğitimi, hukuku, öğrencilerin “gerçek” hayatla temas etmesini sağlayarak öğrenmelerini öngören ve amaçlayan bir yöntemdir. Klinikler sayesinde takrir yöntemiyle aktarılamayacak olan; jürilerin nasıl karar verdiği, tanıkların hafıza bozukluklarının, ön yargılarının ve yalan beyanlarının hakları, yine hakimlerin yorgunluğunun, politik ilişkilerinin, tembelliğinin vs. yargılama pratiklerini nasıl etkilediğini görmek mümkün olacaktır.⁶ Amerikan hukuki realizminin yaklaşımı doğrultusunda öngörülmüş olan bu amaçların, bugünün hukuk dünyası için de geçerliliğini koruduğu söylenebilir.

Klinik hukuk eğitiminin temelde iki amacı ve farklı birkaç biçimi bulunmaktadır. Klinik eğitimi gerçekleştirmek isteyen fakülte, kendi fiziksel yapısı, bulunduğu kentin sosyo-kültürel durumu ve ihtiyaçları (dolayısıyla klinik hukuk eğitimi için açabileceği alan) bunlara çeşitli kombinasyonlarla vücut verebilir. Temel iki amaç; öğrencinin soyut hukuki bilgisini somutlaştırmak ve adalete ulaşımında dezavantajlı olan kesime sosyal sorumluluk bağlamında yardımcı olmaktır. Temel biçimleri ise bu amaçları gerçekleştirmek üzere, “street law”, “kurum içi/kurum dışı klinik” ve “gerçek vaka kliniği”dir. Kurum içi klinik, simülasyon, akran eğitimi, sınıf içi role playing, yasama kliniği gibi şekillerde yapılabilir. Kurum dışı yerleştirmede öğrenci kurumun dışında kurulacak stantlarda yer alabilir, çeşitli hukuki kurumlarda staj yapabilir. Street law, halka açık hukuk okuryazarlı-

³ D'AMELIO, Mariano, Hukuk Kliniği, Çev. Atıf Akgüç, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. 2, 1936, s. 71.

⁴ ANSAY, s. 309-310.

⁵ ATALAY/ÇATALOLUK, s. 54, D'AMELIO, s. 71.

⁶ HATİPOĞLU AYDIN, Duygu, HATİPOĞLU AYDIN, Duygu, Hukuk Klinikleri: Beklentiler, Uygulamalar ve KKTC Hukuk Fakülteleri Açısından Olanaklar, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, 2019, s. 292 (FRANK, Jerome, *Why Not a Clinical Lawyer-School?* University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, C. 81, S. 8, 1933, s. 917'den aktaran).

ğ eğitiminin klinik öğrencileri tarafından verilmesidir. Gerçek vaka kliniğinde ise öğrenciler gerçek hukuki problemler yaşayan insanlarla çeşitli şekillerde bir araya gelerek hukuki bilgi verirler. Fark edileceği gibi hangi klinik biçimi olursa olsun amaç öğrencinin gerçek kişi ve olaylarla temasını sağlamaktır. Bu anlamda incelenen konular pratik çalışmalarda olduğu gibi dersin hocası tarafından kurgulanmış değil, gerçek olaylar ve gerçek evraktır. Hukuki bilgi verilen kişiler söz konusu bilgiye ihtiyacı olan kişiler, görüşülen kişi ve kurumlar da yine hukuk sisteminde yer alan somut kişi ve kurumlardır. Bununla birlikte hukuk kliniği tanımlamalarının gönüllü (pro-bono) çalışma, klinik hukuk eğitimi ve klinikler olarak üç başlık altında anlaşılması gerektiği tespiti de önemlidir. Çünkü esasen klinik hukuk eğitimi bir eğitim yöntemi olmakla, Türkiye’de yasal ve fiilî bağlamda belirsizlik taşıyan gönüllü (pro-bono) hukuki yardımdan amaç ve işlev olarak ayrı tutulmalıdır.⁷

I. TÜRKİYE’DE HUKUK KLİNİĞİ UYGULAMALARI

Amerika’da klinik hukuk eğitiminin ortaya çıkışı ve uygulanışının Türkiye’deki uygulamalarla birebir örtüşmediği, öncelikle hukuk sistemlerinin, daha sonra sosyo- kültürel yapılarının farklılığı sebebiyle kolaylıkla öngörülebilir. Bununla birlikte Türkiye özelinde de hukuk eğitimiyle ilgili eleştiri, sorgulama ve arayışlar, klinik hukuk eğitiminin öğrenilip ülke koşullarına uygun şekilde uygulanma yoluna gidilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Adalet Bakanlığı tarafından 2016 tarihinde düzenlenmiş olan Uluslararası Hukuk Klinikleri Sempozyumu, konunun her yönüyle ortaya konulduğu bir kaynak olması bakımından değerlidir. Türkiye’de ilk hukuk kliniği 2003 yılında Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde kurulmuştur.⁸ Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi hukuk klinikleri faaliyetlerine 2011 yılında başlamış ve 2013 yılında Hukuk Klinikleri Birimi’ni kurmuştur.⁹ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi hukuk kliniği faaliyetleri de Türkiye’deki ilk uygulamalardan olup, 2, 3 ve 4. sınıflara yayılan bir süreç içinde çalışmalarını sürdürmektedir.¹⁰ Hali hazırda pek çok hukuk fakültesi bünyesinde hukuk kliniği faaliyeti seçimlik ders olarak yer bulmaktadır. Dersin hangi sınıfta alınacağı ya da ön şart dersleri olup olmaması konusunda uygulama birliği yoktur.¹¹

⁷ YÜCEL, Mustafa T./ACAR, Ali, *Hukuk Eğitiminde Klinik Çalışma*, <https://hukukfelsefesivesosyoloji.files.wordpress.com/2016/05/hukuk-ec49fitiminde-klinik-c3a7alc4b1c59fma.pdf> (07.12.2022).

⁸ AZAPAĞASI, Alpaslan/İNAN, Kubilay/YILMAZ, Jale/TOKAR GÜNEŞ, Zuhâl (ed.), Turgut Tarhanlı tebliği, *Uluslararası Hukuk Klinikleri Sempozyumu*, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2017, s. 136.

⁹ AZAPAĞASI, Ufuk Aydın tebliği, s. 162.

¹⁰ AZAPAĞASI, Gülriiz Uygur tebliği, s. 129.

¹¹ SOYER, Emre, Türk Hukuk Eğitiminde “Yeni” Bir Yöntem Olarak: Hukuk Klinikleri, 9. *Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi, Bildiriler Kitabı II*, İstanbul, 2021, s. 224.

II. BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ TOPLUMSAL CİNSİYET HUKUK KLİNİĞİ ÖRNEĞİ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinde hukuk kliniği dersi, altıncı dönem seçimlik ders olarak müfredata koyulmuş ve 2019-2020 öğrenim yılı bahar döneminde fiilen başlamıştır. “Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk Kliniği” olarak içeriklendirilen dersin başladığı dönemin hemen başında covid-19 pandemisi gerçekleşmiş ve bilindiği üzere uzun sokağa çıkma yasağı süreci, yüz yüze derslerin aşağı yukarı üç dönem boyunca eski rutinine kavuşmasını engellemiştir. Sürecin çevrimiçi dersleri zorunlu kılması ve klinik hukuk eğitiminin koşullara göre değişken içerik ve niteliklerle tasarlanabilmesi, bizi bu yazının içeriğini oluşturan, çevrimiçi yapılabilecek ve her bir öğrencinin de uygulamayla bir şekilde temas etmesini sağlayacak çalışmaya yöneltmiştir.

Bir klinik tasarımında temel olarak “yaparak öğrenme” ya da “taklit ederek öğrenme” şeklinde iki model söz konusudur. Yaparak öğrenmede öğrenci üçüncü kişi ya da nesneyle doğrudan etkin şekilde iletişim halindedir, klinik yöneticisi/öğretim üyesi ise gözlemci, yönlendirici ve değerlendirici durumdadır. Taklit ederek öğrenmede üçüncü kişi ya da nesneyle iletişim halinde olan etkin kişi klinik yöneticisi/hocadır ve öğrenci gözlemci durumundadır.¹² Çalışmamız öğrencilerin aktif olduğu “yaparak öğrenme” modeline uygundur. Klinik eğitiminin hedefleri arasında bulunan avukatlık becerilerini öğrenmek ve mesleki etikle ilgili farkındalık geliştirmek,¹³ yapılan avukat görüşmelerinde sağlanmaya çalışılmıştır. Röportajlar yapılmadan önce toplumsal cinsiyet ve hukuk alanının bilgisi başkaca sınıf içi klinik araçlarıyla sağlanmıştır. Çeşitli metinlerin küçük gruplar tarafından hazırlanıp sunulup tartışılması, konuyla ilgili filmlerin izlenip tartışılması, konuyla ilgili hazırlanan kurgusal uyuşmazlıklara ilişkin toplumsal cinsiyet eşitliği sağlayacak yaklaşımların tartışılması gibi klinik öğrenme metodlarından¹⁴ faydalanılmış, röportaj soruları da bu temelden hareketle öğrenciler tarafından hazırlanmış, kolaylaştırıcı yardımıyla düzenlenmiştir. Klinik biçimleri sınırlı sayıda olmayıp, çalışmalarda hangi metodun/metotların izleneceği de kliniğin bağlamına ve başkaca koşullara bağlı olarak değişebilir. Bu esnekliği sağlayan, esasen kliniğin amaçlarından birinin de yaratıcılığa alan açmasıdır.¹⁵

¹² CONDLIN, Robert J., The Moral Failure of Clinical Legal Education, *University of Maryland School of Law, Faculty Scholarship* 296, 1983, s. 325.

¹³ HAYDOCK, Roger S., Clinical Legal Education: The History and Development of Law Clinic, *William Mitchell Law Review*, Vol. 9/1, 1983, s. 119.

¹⁴ HAYDOCK, s. 121.

¹⁵ SCHRAG, Philip G., Constructing a Clinic, *Georgetown University Law Center, Clinical Law Review* 3, 1996, s. 184.

Çalışmanın verileri, 141'i Ankara Barosu'na, 23'ü başka il barolarına kayıtlı 164 kadın avukatla yapılmış görüşmelerden oluşmaktadır. Toplam üç dönemin (2019-2020, 2020-2021 ve 2021-2022) çalışmalarından oluşan bu görüşmelerin soruları, sözünü ettiğimiz ilk klinik döneminde öğrencilerle birlikte tartışılarak oluşturulmuş ve yeknesaklığın sağlanması bakımından sonraki iki dönemde de aynı şekilde kullanılmıştır.

Hukuk kliniği, kliniğin uygulanacağı kurum, mekan, öğrenci sayısı, niteliği, talebi, kliniği yürütecek öğretim üyesinin donanımı gibi değişkenlerin birlikte değerlendirilmesi sonucu, toplumsal cinsiyet ve hukuk temasıyla oluşturulmuştur. Daha önce toplumsal cinsiyet ve hukuk dersi almış olan öğrencilerin katıldığı derste, yapılan çeşitli faaliyetlerle toplumsal cinsiyet ve hukuk dersinde edinilmiş olan teorik bilginin öğrenciler tarafından içselleştirilmesi sağlanmış, dönem sonunda da her bir öğrencinin ayrı bir kadın avukatla yaptığı görüşmeler, yazımının içeriğini oluşturmuştur.

Toplumsal cinsiyet ve hukuk kliniğine devam eden öğrencilerin bir önceki sınıfta almış oldukları toplumsal cinsiyet ve hukuk dersinde, öncelikle tarafsız olduğu iddia ve kabul edilen hukukun, var olduğu şekliyle nasıl adaletsizlik ve cinsiyet eşitsizliği ürettiği üzerinde durulmuştur. Bunun için çeşitli alanlarda ortaya çıkan kadın erkek eşitliği taleplerini ortaya koyan feminist akımlar ile bunların hukukta cisimleştirdikleri talepleri ve kazanımları ifade eden feminist hukuk akımları çalışılmıştır. Bu bağlamda ulusal ve uluslararası mevzuatta eşitsizlik yaratan ve eşitlik sağlamayı amaçlayan mevzuat incelenmiş, kadınların mağdur, sanık, çeşitli hukuki uyumsuzluk biçimlerinde davacı ve davalı oldukları durumlar ortaya konulmuştur. Bütün bu öğrenme süreci sonunda da öğrenciler, kadın hukukçuların, özel olarak da avukatların mesleki deneyimlerinin cinsiyetleriyle ilgili bağlamında değerlendirilmesi için sorular formüle edecek bir bakış açısı kazanmışlardır.

Değerlendirmemize esas olmak üzere, 2019-2020, 2020-2021 ve 2021-2022 yıllarında toplumsal cinsiyet ve hukuk kliniği dersi öğrencileri tarafından yapılmış olan toplam 164 kadın avukat görüşmesi bulunmaktadır. Görüşme yapılan avukatların seçiminde belirlediğimiz tek ölçüt kadın olmalarıdır. Kadın/toplumsal cinsiyet eşitliğiyle ilgili alanda çalışıyor olmaları, yaşları, çalışma biçimleri, feminist olup olmamaları dikkate alınmamıştır.

Yapılan görüşmelerin amacı, öğrencilerin klinik çalışmaları sürecinde ve daha önce alınmış olan "toplumsal cinsiyet ve hukuk" dersinde kavramsal bilgiyle tespit etmiş oldukları cinsiyet eşitsizliğinin izini sürmek olmuştur. Bunun için de, görüşmelerin, eşitsizliğin aleyhine olduğunu tespit ettiğimiz cinsiyete mensup olan kadın avukatlarla yapılması tercih edilmiştir. Öğrencinin kadın avukat olma

deneyimini bir meslek büyüğünden dinlemesi, sistemin oyuncularından biriyle kişisel olarak iletişim içine girmesini sağlamıştır.

Avukatlarla iletişim kurulup randevu alma sürecinde, görüşmenin ana içeriğinin cinsiyet eşitliği olduğu bilgisi verilmemiştir. Böylece toplumsal cinsiyet kavramıyla ilgili zihinsel bir hazırlık yapmaları, görüşmeye olumlu ya da olumsuz bir ön yargıyla başlamaları engellenmek istenmiş, cevapların olabildiğince kendiliğinden ve doğal olması sağlanmaya çalışılmıştır. Görüşmenin başlangıcında, görüşülen avukata öğrenciler tarafından bir kadın avukatla röportaj yapma ödevi verilmiş olduğu, yapılan görüşmelerin metin haline getirilip ders kapsamında tartışılacağı ve bir rapora konu edileceği bilgisi verilip bu konuyla ilgili rızaları alınmıştır. Görüşme metinlerinde isimlerinin yer alıp almaması konusundaki inisiyatif avukatlara bırakılmış ancak isimlerini vermiş olanların dahi isimleri sınıf içinde değerlendirme yapılırken zikredilmemiş ve kullanılmamıştır.

Sorular ders içinde, öğrencilerle birlikte, soyuttan somuta olması amaçlanarak tasarlanmış, hukukçulukla ilgili kişisel somut bilgilerden, deneyimlere ve öznel fikirlere doğru ilerlemesi gözetilmiştir. Somut bilgi isteyen, evet/hayır diye cevaplanabilecek olan ve açık uçlu sorulardan oluşan karma bir soru grubu, bütün avukatlara aynı şekilde yöneltilmiş, dolayısıyla alınan cevapları karşılaştırıp birlikte değerlendirme yapabilmek amaçlanmıştır. Nitekim görüşme metinleri bu çalışmada toplu olarak değerlendirilmeden önce, öğrencilerle birlikte ders ortamında tartışılıp karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir. Bu toplu ve sözlü değerlendirmenin dışında, öğrenciler tarafından kendi deneyimleri de ya görüşme metninin sonunda ya da ayrı bir metin olarak yazılı olarak kısa bir rapor halinde getirilmiştir.

Görüşmeler, ders ortamında görüşmeyi yapan öğrencinin adıyla ilişkilendirilerek değerlendirilmiştir. Bu çalışmada görüşmelerden kullanacağımız örnekler ise, her bir görüşme metnine verdiğimiz numarayla belirtilecektir.

III. KADIN AVUKAT GÖRÜŞMELERİ

Görüşmede sorulan sorular bağlam bakımından 6 gruba ayrılabilir şekilde tasarlanmıştır.¹⁶ İlk 10 soru avukatların hangi üniversiteden hangi yıl mezun oldukları, kaç yıldır avukatlık yaptıkları, çalışma şekilleri (serbest, sigortalı, kurum avukatlığı, hazine avukatlığı vs.), avukatlık ortaklığı şeklinde çalışıyorlarsa iş arkadaşlarının cinsiyeti, sigortalı çalışıyorlarsa işveren avukatın cinsiyeti, avukatlığı isteyerek seçip seçmedikleri, hukuk fakültesinde toplumsal cinsiyetle ilgili bir ders alıp almadıkları, toplumsal cinsiyetle ilgili meslek içi eğitim alıp almadıkları,

¹⁶ Soru metni çalışmanın sonunda yer almaktadır.

toplumsal cinsiyetle ilgili olarak kişisel ilgi ve merakları doğrultusunda okumalarının olup olmadığı, toplumsal cinsiyetle ilgili medyatik davaları izleyip fikir yürütüp yürütmedikleri, bu davaların meslektaşları arasında gündem olup olmadığı idi. Bu soru grubuyla avukatların mesleklerini icra ederken kadınlık kimlikleriyle ilgili bir duruş noktası belirlemeye,¹⁷ hukuk eğitimlerinden başlayarak toplumsal cinsiyet kavramının mesleki kavramlarla bir arada bulunuşunu düşünmeye başlamaları amaçlanmıştır.

11. soru, görüşme yapılan avukatların ağırlıklı olarak hangi alanda çalıştıkları, seçme şansları olsa ya da olsaydı hangi alanda çalışmak isteyecek oldukları ve bu tercihlerinde cinsiyetlerinin bir etkisi olup olmadığıyla başlayan beş alt sorudan oluşturulmuştur.¹⁸ Bu soru grubu, meslek pratiklerini gerçekleştirirken kadın olmalarının mesleği hangi noktalarda farklı deneyimliyor olabileceklerine dair, ilk soru grubundan daha spesifik bir düşünme zemini hazırlamayı amaçlamıştır.

Beş alt sorudan oluşan 12. soru, avukatların müvekkilleriyle ilişkilerinde kendi cinsiyetlerinin ya da müvekkillerinin cinsiyetinin etkisi olup olmadığı sorulamayı amaçlamıştır. İki alt sorudan oluşan 13. soruyla avukatların meslektaşlarıyla, beş alt sorudan oluşan 14. soruyla da hakim-savcı ve adliye personeliyle ilişkilerinde cinsiyetlerinin etkisi olup olmadığını tartışmak amaçlanmıştır.

Meslek pratikleriyle ilgili bu sorulardan sonra, toplumsal cinsiyet eşitliğiyle ilgili iki düzenleme olan CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi¹⁹ ile ilgili bilgileri olup olmadığıyla başlayan ve beş alt sorudan oluşan son soru grubu, kadın avukatların kavramsal ve teorik alanda kendilerini nasıl konumlandıklarını cevabın almayı amaçlamıştır.

¹⁷ Duruş noktası epistemolojisine göre (standpoint epistemology), bilginin üretiminde, gerçekliğin algılanışında belirleyici olan farklı toplumsal sınıflara ait bireylerin durdukları yer, konumdur. Duruş noktası, neyi nasıl bildiğimizi belirleyen farklı toplumsal yaşantılar ve maddi koşullardır. Feminist duruş noktası da feminist metodolojinin bir enstrümanı olarak kadınlık deneyimleridir, bilgiyi ve deneyimi "kadın olarak" edinmektir. TANESINI, Alessandra, *Feminist Epistemolojilere Giriş*, Çev. Gülhan Demiriz, Berivan Binay, Ümit Tatlıcan Sentez Yay., İstanbul, 2012, s. 169-195.

¹⁸ Klinik dersinin ilk yılında kullanılan soru metninde yer alan bir soru, görüşme yapılan kadın avukatlarca tam olarak anlaşılmadığı ve görüşmenin genel bağlamını bozabileceği düşüncesiyle ikinci ve üçüncü yıllardaki soru metinlerinde kullanılmamıştır. "Kadına şiddet- kadın cinayeti- kadının mağdur olduğu boşanma- aile hukuku davalarında mesleki tarafsızlık ilkesi ile kadın olma pratiğini bir arada deneyimliyorsunuz. Bu durum sizce bir çelişki midir ya da bakış açısı/yaklaşım bakımından bir zenginlik mi yaratır?" şeklinde tasarlanan bu soruyla, feminist metodolojide 'bilinçli tarafılık' olarak anılan yaklaşımı düşünmeye alan açmak amaçlanmış olsa da ilk yıldan sonra bu soru görüşmecilere yöneltilmemiş, bütünlüğü bozmamak için de ilk yıl alınan yanıtlar da bu yazı kapsamına alınmamıştır.

¹⁹ Üç yıl üst üste yapıldığını söylemiş olduğumuz görüşmelerin son seferinde İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme süreci yaşandığı için sorulara bu olay da dahil edilmiş, yani metnin sonunda yer alan 15/b sorusu, ilk iki görüşme metninde yer almamıştır.

Bu görüşmeler, metodolojik açıdan bir feminist mülakat olma iddiası taşımamaktadır. Öncelikle görüşmelerin hepsi bir kadın tarafından yapılmamıştır. Ayrıca sorulan soruların da toplumun ya da akademik söylevlerin tipik bir parçası olmayan, yani “adsız” bir konuya dair olmaması sebebiyle²⁰ bu iddiamız bulunmamaktadır. Soruların bir kısmı doğrudan doğruya kadın avukat olarak kişisel deneyimlerinin bilgisini edinmeyi amaçlamıştır. Bununla birlikte soruların akışı içinde, görüşülen avukatların sadece kadın olarak somut deneyimlerinin değil de toplumsal cinsiyet eşitliğiyle ilgili bir konudaki fikirlerinin de aslında “kadın avukat olarak” oluştuğuna dair bir hat oluşturmak istenmiştir. Bu bağlamda bütün özelliklerini taşıyor olmasa da feminist kaygı güdülen ve belli bir akış gözetilerek oluşturulmuş sorular sebebiyle yaptığımız görüşmelerde, feminist mülakat metodundan izler bulunduğu söylenebilir düşüncesindeyiz.

Bu çalışmanın amacı ve bu çalışmanın temel malzemesini oluşturan görüşmelerle teknik anlamda sosyolojik bir araştırma sonucu nicel veri elde etmek olmamıştır. Esasen bunlar başta da belirtildiği gibi bir hukuk fakültesi bünyesinde yapılan hukuk kliniği dersi tasarımı örneğini ortaya koymaktan ibaret olmak üzere yapılmış görüşmelerdir. Ancak görüşme cevaplarının, klinik uygulaması olmak dışında, kadın avukatların toplumsal cinsiyet eşitliği/eşitsizliğini nasıl deneyimledikleriyle ilgili sosyo-legal bir araştırma alanı açabileceği/açması gerektiği fark edilmiş olduğu için, seçilmiş sorular ve örnek cevaplar aşağıda paylaşılmaktadır.

• **Hukuk fakültesinde toplumsal cinsiyetle ilgili bir ders aldınız mı?**

Görüşülen 164 avukattan 27’si hukuk fakültesinde toplumsal cinsiyetle ilgili ders almıştır. Bunların 10’u Ankara, 5’i Atılım, 4’ü Başkent, 3’ü Bilkent, 1’i İstanbul, 1’i Anadolu, 1’i Çankaya, 1’i Sakarya, 1’i de Ufuk Üniversitesi mezunudur.

• **Toplumsal cinsiyetle ilgili bir meslek içi eğitim aldınız mı?**

Görüşülen 164 avukattan 52’si toplumsal cinsiyetle ilgili meslek içi eğitim aldığını söylemiştir.

• **Toplumsal cinsiyetle ilgili olarak kişisel ilginiz ve merakınız doğrultusunda okumalarınız oldu mu- oluyor mu?**

Görüşülen 164 avukatın 35’i bu soruya “hayır” cevabını vermiştir.

• **Toplumsal cinsiyetle ilgili medyatik davaları izleyip fikir yürütüyor musunuz, bu davalar meslektaşlarınızla aranızda gündem oluyor mu?**

Bu soruya görüşülen 164 avukatın 9’u “hayır” cevabı vermiştir.

²⁰ ŞAHİN, Fatma Süzgün, Feminist Hukuk Teorisinde Metodoloji, *TBB Dergisi* (özel sayı), 2017, s. 481.

- Kadın avukatların ceza hukuku alanında daha az ve pasif, aile hukuku alanında daha çok ve etkin çalıştığı/yer aldığı düşüncesine katılıyor musunuz? Bu konudaki düşünceleriniz ve deneyimleriniz nelerdir?

Görüşülen avukatlar bu soruya doğrudan “evet” ya da “hayır” cevabı vermek yerine öyle olmaması gerektiği yorumuna eğilimli olmuşlar, “evet” cevabı verenler de genellikle kendilerinin öyle düşünmediği ama fiilî durumun öyle olduğu tespitini yapmışlardır. “Hayır” cevabı ise kadın avukatların mücadelecilikleri ve detaycılıklarına işaret etmektedir.

- **Görüşme 2-** *“Evet kesinlikle katılıyorum. Yani şöyle ceza hukuku üzerine çalışabilmek için, gece gündüz tetikte ve hazır olmak zorunda olabilirsiniz. Gece saat 1’de ansızın bir telefonla çıkıp gitmek zorunda kalabilirsiniz. Ama çocuk sahibi olduktan sonra bu zor bir şey. Özellikle eşin de avukat değilse bu durumu anlayışla karşılaması da zor olabilir. Ayrıca muhatapları olsun çalışma ortamı olsun farklı ve zor olabiliyor bayanlar için.”*
- **Görüşme 4-** *“... Bir mağduriyet olduğunda, hem mağdur olan hem de o suçu işleyen kişi tarafından erkek avukat tercih ediliyor. Çünkü onun daha çok koruyup kollayabileceği, kadının ona sahip çıkamayacağı düşünülüyor. Bu düşüncenin sebebi de maalesef kadın toplumunda kendine sahip çıkamıyor, kadın korunacak taraf, avukat olarak bana mı sahip çıkacak, beni mi savunacak algısı bence.”*
- **Görüşme 6-** *“Kesinlikle katılmıyorum zira çok sayıda ceza hukuku alanında çalışan kadın avukat mevcut. Bilakis duruşmalarda kadın avukatların çok daha etkili olduğunu görüyorum.”*
- **Görüşme 20-** *“Evet katılıyorum. Ancak bunların bir kadın avukatın tercihi olduğunu düşünmüyorum. Örneğin, ceza denildiği zaman daha akla ağır işler gibi geliyor, daha sıkıntılı insanlarla muhatap olacaksın düşüncesi hâkim bu nedenle kadınlar cezanın üstesinden gelemez, başaramaz algısı var. Bu nedenle henüz kadın avukatın tercih etmesine fırsat kalmadan müvekkiller dosya getirmiyor. Bundan dolayı kadınlar bu alanda uzmanlaşmıyor çünkü bu durum aslında avukatın değil müvekkilin tercihi.”*
- **Görüşme 85-** *“Kadın avukatların ceza hukuku alanında daha pasif olduğunu gözlemliyorum. Bunun sebebi, ceza dosyalarının size ulaştığı çevre ve müvekkil portföyünüz biraz sıkıntılı. Dolandırıcılık, kaçakçılık, yağma, örgütlü suçlar, silah kaçakçılığı gibi alanlarda daha çok erkekleri görüyorum. Maddi manevi her türlü alışverişin erkeklerin arasında olduğunu gördüğüm bir alan. Oralara her zaman için bizim temas etmemiz çok mümkün değil. Tabi bu alanda çalışan çok iyi kadın meslektaş avukatlarımız var, onların*

çabalarını da göz ardı etmek mümkün değil. Ama yaşam biçiminiz de ona göre şekilleniyor. Aynı zamanda ceza hukuku tırnak içerisinde biraz kısıkanç bir alandır. Cezaevi ziyaretlerinizin çok yoğun olması gerekiyor. Ziyaretler sırasında gününüzün büyük çoğunluğunu burada geçirmek zorundasınız. Duruşmalar da çok uzun sürüyor, telefonunuzu çoğu zaman kapatmak zorunda kalıyorsunuz. Eğer aynı zamanda anne rolü taşıyan bir kadın avukatsanız, çocuğunuza gereken ilgiyi gösteremeyebilirsiniz. Çocuğunuzdan ve çocuğunuzun sizden mahrum kalmasından şikayetçi olmayacaksınız bu alan belki daha düşünülebilir hale geliyor. Bu fiziki şartların değiştirilmesi halinde kadın avukatların bu alanda daha aktif olabileceğini düşünüyorum. Öte yandan kadın avukatların aile hukuku alanında daha aktif olduğunu düşünmüyorum, böyle bir gözlemim olmadı. Sadece kadın olduğum için bana dosya geldiğini fark etmedim. Mesela benim aile hukuku alanında erkek müvekkil sayım kadın müvekkillerime oranla çok daha fazla... Rahat iletişim kurabiliyorum. Nahoş bir durumda kaldığımı söyleyemem.”

- **Görüşme 121-** “Kadın avukatlar ceza hukuku alanında kendilerine yer bulmakta zorlanıyorlar. Ceza avukatı dendiğinde toplumun aklına sesi gür çıkan uzun boylu sinirli erkekler gelir. Kadınların sözde “hassaslığı ve anaç”lığı (bu da toplumun bir yanılsamasıdır.) bir şekilde aile hukukunda başanlı olacağı algısı yaratmaktadır.”
- **Görüşme 153-** “Ceza hukuku alanında kadın meslektaşlarımın pasifize edildiğini düşünüyorum. Yalnızca avukatlar arasında değil yargı erkinde de bunu gözlemliyorum. Mezun olduğum okul ve meslektaşlarım arasındaki ağırlıklı görüş ceza hakimliğinin, savcılığın ve hatta serbest avukatlığın kadınlara çok da uygun olmadığı; eğer mümkünse kadınların hukuk ve idari hakim olması ya da kurum avukatlığı yapması gerektiği savunulmakta. Bu görüşlere ben de çok maruz kaldım. Öğrenciyken hocalarımın birçoğu kadınların ceza alanında çok zorlanacağı, yapımız gereği (!) duygusal kararlar vereceğimizi, anne (!) olduğumuz için aile hukukunun bize daha uygun olduğunu vurguluyordu. Kadınlar biyolojik olarak doğum yapıyor ve anne olabiliyor diye otomatik olarak duygusal/kırılgan olduklarının kabul edilmesi ya da cinsiyetin direkt olarak güçsüzlüğü, zayıflığı ve hassasiyeti çağrıştırıyor olması gerçekten çok çağ dışı bir düşünce. Kaldı ki bu düşünce yapısı yüzyıllardır öyle bir yerleşmiş ki birçok alanda kadınlar etkin rol alamıyor, alıyorsa maddi ve manevi zorluklara uğruyor. Örneğin, her ne kadar ceza hukuku alanında çalışsam da bu alanda çalışan kadın meslektaşlarımın karakolda, emniyette, cezaevinde ya da duruşma salonlarında tacize uğradıklarını, önemsenmediklerini çok kez duyuyorum. Hatta ceza avukatına ihtiyaç duyan kişilerin genellikle erkek

avukatları tercih ettiğini adliyede biraz vakit geçirildiğinde açıkça görülüyor. Okul sıralarından hatta çocukluktan itibaren toplumun algısı yüzünden zaten kadın avukatların tamamı 1-0 yenik başlıyor bu alana ve öyle ki mücadelelerinin görünür olmaması için erkek meslektaşların özel bir çaba sarf ettiğini düşünüyorum. Bir ceza yargılamasında görüşlerini bildiren ya da direkt vekillik yapan kadın meslektaşlarımızın 'mansplainin'e maruz kaldığını görüyorum. Örneğin sosyal medyada bir konuda görüşünü bildiren ve görüş bildirdiği alanda çalışmalar yapan bir kadın avukata karşılık ağırlıklı olarak erkek avukatların tabiri caizse 'yalnız o işler sizin bildiğiniz gibi olmuyor', 'araştırmanızı öneririm' gibi üsluplarla yaklaşıyorlar. Kısacası her zaman birebir yaşamamam da hukukun her alanında ancak ağırlıklı ceza hukuku alanında kadınlara karşı bir güvensizlik hakim ve bu durum günlük hayatta bizleri çok yoruyor. Mütemediyen hem meslektaşlarımıza hem de topluma kendimizi ispatlamak zorunda bırakılıyoruz.”

- **Görüşme 158-** “Bu ayrımın yapıldığına katılmakla birlikte meslek hayatımda daha fazla gördüğüm bir başka ayrım daha var. İcra ve İflas Hukuku alanında genellikle erkek avukatların çalışması bekleniyor. Daha doğrusu iş ilanlarına baktığımızda “erkek avukat aranıyor” şeklinde ilanlar veriliyor. Gerek takip gerekse haciz vs. olsun kadınların yapamayacağını açıkça söylüyorlar. Asliye hukuk alanında ise daha çok kadın avukatlar mevcut. Böyle cinsiyetçi bir sistem gelişmiş zamanla. Bu konuda bir yaşanmışlığım da var hatta. Avukatlık ruhsatımı yeni aldığım zamanlarda iş görüşmesine gitmiştim. İcra ve İflas departmanına avukat aranıyordu. Görüşmeye gittiğimde bu alanın “prenselerle” göre olmadığı, yeri geldiğinde şehir dışı seyahatlerinin yapılacağı, hacze gidileceği vs. söylendi bana. Ciddi anlamda rahatsız edici bir cümleydi ve sudan çıkmış balığa dönmüştüm bir anda.”
- **Kadınların adalete erişimde sorun yaşadığını düşünüyor musunuz? Bir kadının avukat olarak bu sebeple bir kadına yardım/dayanışma amacıyla bilgi vererek/yönlendirerek/vekil olarak yardımda bulunduğunuz oldu mu?**

Kadınların adalete erişimiyle ilgili bu soruya, genellikle kadınların bu konuda zorluk yaşadığını bildikleri ya da öyle olduğunu düşündükleri cevabı verilmiştir. Aşağıdaki cevapların bir kısmı bu zorlukları açıklamaktadır. Fiili zorluklar, bilgisizlik gibi sebeplerin yanında korku, gibi manevi engellere de işaret eden cevapların önemli olduğunu düşünüyoruz. Bazı cevaplarda ise kadınların adalete erişiminin artık kolay olduğu yönündedir.

- **Görüşme 3-** “Kadınların adalete erişimde bilgi sahibi oluncaya kadar sorun yaşadıklarını düşünüyorum. Çoğunlukla altında yatan durum da ekonomik kaygılar. Birçok ev hanımı aile içerisinde yaşadığı şiddet karşısında çocukla-

rının küçük olması, herhangi bir işte çalışmaması, ailesinin kendisine maddi anlamda destek olmaması, sokakta kalma korkusu vb. durumlarda danışma amaçlı geldiklerinde, genellikle de bir kadın olduğumu halden anlayacağını düşünerek geldiklerini beyan ederler. Bu durum karşısında hukuken tüm konularda bilgilendirip onların öncelikle hukuki koruma altında olduklarını, adli yardıma başvurmaları konusunda ve 6284 Sayılı yasa kapsamında talepleri konusunda paylaşımında bulunmuşumdur. Önceliğim adalete ulaşma konusunda eşit imkânlarla sahip olmayanların elinden tutmaktır.”

- **Görüşme 19-** “Evet, kadınlar adalete erişimde sorun yaşıyorlar. Kimi zaman adalete inanmadıkları için, kimi zaman da tek başlarına oldukları ve sosyo-ekonomik yetersizlikleri dolayısıyla bu cesareti veya maddi imkân bulamıyorlar. Veya bazen de haklarından haberdar olmayabiliyorlar.”
- **Görüşme 27-** “Adalete ulaşımlarında sıkıntılar yaşaması bir gerçekliktir. Hatta eğitilmiş kadınların bile yine sosyal baskıların ağırlığı karşısında adaletten talepte bulunmada güçlük çektiği açıktır.”
- **Görüşme 32-** “Adalete erişimden ziyade kadınların adaletin nasıl sağlanacağı konusunda sorun yaşadığımı düşünüyorum. Şiddete maruz kaldığında ne yapması gerektiği konusunda örneğin. Adliyelerin içerisinde biz dahi işlerimizi yürütmekte güçlük çekiyorken büyük binaların içerisinde şiddet mağduru kadınların haklarına erişmesini beklemek bana doğru gelmiyor. Öğrencilik yıllarımda savcılık önünde kadına karşı şiddete yönelik broşür dağıtırken eşinden şiddet gören kadınların komşusu ile zar zor adliyeye geldiğine, okuma yazma bilmediğine tanık oldum. Bu kadınlardan bizlere erişmesini beklemekten ziyade bizim erişen olmamız gerektiğini düşünüyorum.”
- **Görüşme 37-** “Eskiden toplumda kadınların adalete erişimlerinde sorun yaşadığını biliyor ve kabul ediyordum ancak günümüzde sosyal medya yayınları, sosyal kuruluşlar, Barolar ve kadın örgütleri ile kadınların adalete erişimleri kolaylaşmış hepsinden öte hak arama eylemleri çoğalmıştır, tabii destekleri de artmıştır. Hakkı yenen, şiddet gören bir kadın günümüzde nereye başvurması gerektiğini artık kendisi bilmeseydi bile konu komşusundan öğrenmektedir. Eskiden aile içi şiddete maruz kalan kadınlar bu durumu evin dışına çıkarmayı bile ayıp sayarken şimdi toplumun bakış açısı hakkını araması gerektiği yolunda kadını yönlendirmektedir.”
- **Görüşme 40-** “Özellikle sosyal medyanın gelişimiyle birlikte kadınların adalete erişimi sorunu daha da belirginleşti. Kadınlar ulaşmaya çalıştığı adaleti adliyeler yerine twitter gibi mecralarda aramaya başladı. Eğer kadınlar adalete erişseydi zaten sosyal medyada bu denli şiddet görüntüsü yer almazdı.”

- **Görüşme 74** “Özellikle boşanma aşamasında kadınlarda korkunun çok üst seviyelerde olduğunu birçok kez deneyimledim. Bunun üzerine ekonomik bağımlılık, akraba baskıları eklendikçe bu durum kontrol edilemez bir hal alıyor. Bu durumlar kadınların yalnızlaşmasına ve adalete başvuramamasına yol açıyor.”
- **Görüşme 101-** “Kadınların adalete erişimde sorun yaşadığını düşünmüyorum; bu tarz konularda kadınları cinsiyet bağlamında ayrımcılığa sürükleyen düşüncelere de katılmıyorum. Sadece hak arama veya haksızlık karşısında başvurulabilecek merci ve hukuki kurumların neler olduğu, süreçlerin nasıl işleyeceği hususunda bazı kesimlerde bilgi eksikliği olduğu ve bu hususlarda doğru bilgilendirme yapılması gerektiği düşüncesindeyim.”
- **Evliyseniz meslek pratiğinizin evlilik hayatınızda sorun yarattığı oldu mu? Ya da buna dair kadın meslektaşlarınızın deneyimlerini gözlemlediğiniz oldu mu/oluyor mu? (geç vakit telefonla aranma, uzun saatler çalışma, ofisten eve geç gitme, genel stres vs.)**

Görüşülen avukatlardan evli olduğunu ve meslek pratiklerinin evlilik hayatlarında sorun çıkarmadığını söyleyenlerin hemen tamamı eşleri de avukat olduğu için bunun durumun eşi tarafından bilinmesi ve karşılıklı anlayış sayesinde mümkün olduğunu belirtmiştir. 81’i sorun yaşadıklarını ya da kendileri yaşamamış olsa bile kadın meslektaşlarının bu konuda sorun yaşadığını bildiklerini belirtmişlerdir. Evli olmadıklarını söyleyen avukatlar da ya deneyimlemedikleri için bilgileri olmadığını ya da potansiyel olarak bunun bir sorun olabileceğini ya da olduğunu bildiklerini söylemişlerdir. Hiçbir sorun olmadığını ya da olamayacağını söyleyen avukatlar da esasen bunu bir “olması gereken” olarak ifade etmişlerdir.

Bu soruya verilen cevapların bir kısmında konu iş yükünün çokluğu ve aileye ayrılması gereken zaman bağlamında ele alınmıştır:

- **Görüşme 1-** “Bir taraftan bebeğimin ihtiyaçlarını gidermeye çalışırken diğer taraftan gece yarısına kadar sözleşme incelemek ve aynı zamanda 7/24 mail ve mesaj yoluyla gelen işler/sorular/danışmalar için gerekli aksiyonları almak durumundaydım. Aile hırsızlığı yapıyordum bir nevi. Çünkü bu durum ailem için ayırmam gereken süreden çalmak demektir. Şuan belirli saat dilimlerinde çalıştığım için aileme de işime de sorunsuzca gerekli zamanı ayırabiliyorum.”
- **Görüşme 19-** “Boşandım. Elbette her kadın gibi toplumsal görevlerimi yerine getirmemem, benim eşit olduğumuzu düşündüğüm meselelerde sorunlar yaşattı. Kadınların özellikle avukatların sık telefon alması, eğitim çalışmalarına katılması, şehir dışı duruşmaları; ev bakımının tek sorumlusu kadın gibi algılanması sık karşılaştığım sorunlardı. En çok da eksik hissettirmeye yönelik olan görünmez şiddet partnerinizin kredisinden götürüyor.”

- **Görüşme 25-** “Çevremdeki evli kadın avukatların gece CMK davalarını kapattığını biliyorum. Ama kalkıp bir erkek gitse göreve eve ekmek getiriyor olur.”
- **Görüşme 53-** “Kocamın benimle aynı mesleği paylaşıyor olması nedeniyle hep desteğini gördüğümü söyleyebilirim. Mesleğimi ifa sırasında yaşadığım hiçbir olayda sorun çıkarmamıştır. Ancak bu durum başka bir çevre baskısına yol açar şöyle ki zaman zaman kendisine “nasıl izin veriyorsun?” şeklinde imalı sorular yöneltilmiştir. Ayrıca yakın çevrem bana da ‘sen neden gidiyorsun, yapıyorsun, bırak kocan yapsın’ şeklinde ifadeler kullanmıştır.”
- **Görüşme 138-** “Evliyim, evet gerek geç eve gitme ve çok çalışma hali gerekse gönüllü çalışma ve evdeki çocuk ve sorumluluklarımı ihmal ettiğim yönünde sıkça eleştiri almışlığım var. Üstelik bu safi eşim ve çocuğumdan değil kendi çekirdek ailemden de gelmiştir, annem babam gibi.”
- **Görüşme 145-** “Evli değilim ancak evleneceği için yoğun avukatlık temposunu bırakan avukatlardan biriyim. Bunu utanarak söylüyorum. Maalesef ki toplumsal kurallar her ne kadar karşı çıksa da bu beynimize işlenmiş biraz. Ne yazık ki bunu benden kimse istemedi ama bu çalışma rutininin benim özel hayatımda sorunlar yaşatacağını düşündüm açıkçası. Özel hayatımla uyum sağlayamayacağımı düşündüm. Çünkü cumartesi dahil akşam dokuza ona kadar çalıştığım oluyordu. Biraz daha hem özel hayatıma hem de iş hayatıma dengede olacak şekilde vakit ayıracak bir durumda çalışmayı tercih ettim.”
- **Görüşme 146-** “Evlenmeden evvel mesai saatlerimin belirsizliği, gecemizin gündüzümüze karışması ve müvekkillerin her saatte arama gibi bir hakkı kendilerinde görmeleri vb. sebeplerle KPSS ye girip, akabinde kurum avukatlığını tercih ettim. Kurum avukatlığına geçtikten yaklaşık 9 ay sonra evlendim.”
- **Görüşme 155-** “Evli olduğum yıllarda ve kızımın yeni doğup kreş yaşına geldiği döneme kadar sıkıntılar yaşadım. Bakıcının nedensiz ve sorumsuz bir şekilde gelmediği günlerde kızımı duruşmalara götürdüğüm oldu. Kalem personeli tarafından biberon ile beslendiği çok anlar olmuştur.”
- **Görüşme 162-** “Çevremde olan evli arkadaşlarım ve çocuğu olan kadın avukat arkadaşlarımın çok zorlandığını görüyorum. Bir ihtimal eşleri tarafından sıkıntı yaşamasalar da çocuk işin içine girince yeterince aile yaşamına vakit ayıramadığını düşünmeleri nedeniyle kendilerini kötü hissettikleri oldu. Aileden kastım sadece çekirdek aile olsa neyse bunun bir de akrabalar bazında baskısı var. Çocuğunu, eşini bu kadar boş bırakma bak; elin er-

kekleri ile senin o saatte ne işin var, iş dediğin 18:00'da biter, ne işiymiş bu saatte gibi... Bazıları bu nedenle kurum avukatlığı veya uzman yardımcılığı gibi mesai saati kavramı olan, düzenli aylık geliri olan işlere geçmek zorunda kaldı. Boşananlar da oldu. Erkek olan avukat arkadaşlarımın ise bu konuda daha rahat olduğunu gözlemledim. Sanki bu durum onlar için çok normal ve doğalken, kadın için büyük bir olaymış gibi. Erkek tabii o eve ekmeğe getirecek, işi var çocuğun, avukat çocuk olacak o kadar gibi. Baktığınızda aynı meslek, aynı mesleki şartlar. Özellikle iki taraf avukat olsa dahi erkek olan serbest avukatlık yaparken; kadın olan avukatların kurumları tercih etmesi istendiği daha yaygın.”

Bir diğer grup cevapta ise cinsel kimliğin sorun yarattığı öne çıkarılmıştır:

- **Görüşme 2-** “Benim duruşmam var sabah, hazır mısınız?’ der gecenin 11’inde. Bunu eşe açıklamakta zorlanan arkadaşlarım olmuştu. Bu sık sık karşılaşılan bir olay. Yani ‘ceza davalarında neden bayan avukat yok?’ sorusuna da verilmiş bir cevap aslında. Baştan bunları müvekkil ile aranda halledeceksin o mesafeyi, tutumu baştan hissettirecek, koruyacaksın.”
- **Görüşme 3-** “Sadece evlilik hayatında değil evli olmasanız da yaşamaktasınız. Toplantı saatleri uzadı mı ofisten eve geç gitmeler oldu mu hem ofis içinde evli çalışan kadın için sorun teşkil ettiği gibi insanda da stres yaratmakta, sizi bekar olarak tanıdıkları için bu sefer aksi oluyor ne de olsa evde bekleyen çocuk ya da eş olmadığı için müvekkiller aksi kanaatte olmakta bu konuda azıcık olsun prensiplerinizden ödün vermeniz halinde özel hayat diye bir şey bırakmazlar. Tam bu noktada yaşadığım bir anımı anlatmak isterim, uzun süredir işlerini takip ettiğim bir müvekkil akşam yemeği vakti sonrası gün içerisinde soracağı işleri sormayı alışkanlık haline getirdi bu konuda ne kadar aramaması gerektiği konusunda ısrarcı oldu isem de sonuçta aramaya devam etti, ben de telefonlarımı açmadım. Bu duruma birlikte yaşadığım annem de şahit oldu. Sonrasında mesai saatleri içerisinde ofise geldi ben de ‘X Amca, annem diyor ki X Amcanın başında bir iş mi var, sürekli seni arıyor’ diye soruyor dedikten sonra bir süre sessiz kaldı sonra hep mesai saatleri içerisinde aramaya başladı. İnsanların bu konudaki anlayışının da hem cinsleri hem de kültürleri ile alakalı olduğunu düşünüyorum.”

Müvekkil ilişkilerinde kendi cinsiyetlerinin ya da müvekkillerinin cinsiyetlerinin etki yaratıp yaratmadığına ilişkin sorulara açıklamasız şekilde evet ya da hayır cevabı verilmemiş ve verilen “hayır” cevapları da genellikle olması gerekene işaret etmiştir. Bu sebeple bu sorulara verilen cevapları sayısal olarak belirlemek yerine, görüşmelerin genelinden edinilen izlenimimiz ve temsil değeri olduğu düşünülen cevaplar paylaşılmıştır:

- **Müvekkillerin kadın ve erkek avukatlara olan tutum ve davranışlarının farklı olduğunu düşünüyor musunuz, buna ilişkin bir gözlem ya da deneyiminiz oldu mu? ? Varsa bunu nasıl açıklarsınız?**

Bu soruya verilen cevapların bir kısmı “farklı ama” diye ifade edebileceğimiz bir yöndedir. Bu cevaplarda müvekkillerin kadın ve erkek avukatlara olan tutum ve davranış farkının kişisel mücadeleyle çözülebilecek bir durum olduğu düşünülmekte ve bu şekilde de çözüldüğü söylenmektedir:

- **Görüşme 1-** “... çok bariz bir şekilde farklı. Fakat tutunduğum tavırla müvekkillerin erkek avukatlara yaklaşım tarzı ne ise bana da aynı şekilde davranmalarını sağladım. Gerek verdiğim bilgilerle gerek hal ve hareketlerimle... Beni gördüklerinde erkeklere nazaran çok da iri yarı olmadığımından bahisle ‘avukatınız bu mu?’ der gibi bir tavırla karşılaşmıştım fakat görüşme sonunda ‘erkek gibi avukat’, ‘kartınızı alabilir miyiz?’, ‘bize de böyle bir avukat lazım’ gibi cümlelere muhatap oldum. Bu beni mutlu etmedi ama maalesef maruz kaldığımız durum bu...”

Bir grup cevapta, müvekkillerin kadın avukatlara farklı tutum ve davranışlarını kadınların bedenlen daha küçük ve zayıf olmalarıyla ilişkili olduğu ifade edilmiştir:

- **Görüşme 8-** “... Ben ufak tefek bir kadınımdı. ‘... Bu kızın kendine hayrı yok, hiçbir şey yapamaz demiştik ama çok cevval çıktın’ demişlerdi.”
- **Görüşme 19-** “Bir yerden genelde ismimi duyarak geliyorlar ama hem minyon hem genç hem de kadın olduğum için benim alanımdaki bilgimden şüphe ediyorlar. Maalesef mesleğimi icra ederken, görüşmeleri gerçekleştirirken benden erkeksi davranmamı bekliyorlar. Daha maskülen yaklaşmamı istiyorlar. Sanki küfrederek konuşsam sert hareketlerim olsa onları daha çok tatmin edecek gibi... Bir kere bir duruşmadan çıktıktan sonra benim müvekkilim olmayan sanıklardan biri cezaevine döndüğünde ‘falancanın öyle bir avukatı vardı ki erkek gibiydi, helal olsun’ diyerek beni tavsiye etmiş. Bana ulaştılar ‘sizi çok methettiler’ gibi şeyler söylendi başta çok mutlu oldum. ‘Sizin için erkek gibi avukat diyorlar’ denildiğinde ‘o kadın gibidir erkekliğin verdiği bir iyilik değildir’ diyerek karşılık vermişim.”
- **Görüşme 103-** “Çekişmeli boşanma davası için erkek müvekkilimiz ilk görüşmesinde benimle görüşmek istediğini söylemişti. Ceza dosyası için gelen müvekkil de (avukat olan) eşimin dosyayı takip etmesini istediğini söylemişti. Bu durum kadının toplumdaki yerinden kaynaklanıyor. Kadınlar, fiziksel olarak daha güçsüz olması nedeniyle güç gerektiren işlerde erkekler kadar başarılı olamayacakları düşünülüyor. Ceza davaları, toplum nezdinde daha

zor/güç davalar olarak görüldüğünden bu davaların erkek meslektaş tarafı-
ndan yürütülmesi talep edilmektedir.”

- **Görüşme 119-** “Bir kez bir müvekkille birlikte keşfe katılacaktık müvek-
kilim bana “zaten sizi oraya kadın başınıza göndermem merak etmeyin”
diyerek alaycı bir tavır takınmıştı. Meslek hayatımda en rahatsız olduğum
anlardan biriydi diyebilirim.”

Bir başka grup cevapta kadınlık “rolleri” ya da “özellikleri” belirleyicidir:

- **Görüşme 4-** “Daha düzenli ve titiz yapılması gereken, daha detaycı ve kap-
samlı bakış açısı isteyen işler genelde kadın avukata veriliyor. Daha hızlı,
daha pratik, daha ceval yapılması gereken işler ise genelde erkek avukata
veriliyor. Ama istenilen amaca ulaşamıyorlar. Yani örneğin daha pratik ya-
par diye erkeklere verilen bir iş onların istediği sonuca ulaşmıyor. Bu benim
için yanlış ve benim hazmedemediğim bir konu. Her zaman da bunu dile
getiriyorum.”
- **Görüşme 5-** “Kadın bu, tuttuğunu koparı baş ağrıtır dosyamı alır’ diye-
rek yaklaştığı, kadınların da ‘erkek ya söke söke alır’ diyerek yaklaştıkları
bir durum var. Ben, bir kadın, kadın avukata gittiğinde sürekli bir arama,
'dosyam ne durumda, unuttu mu acaba' gibi bir temkinlilik söz konusuysen,
erkek müvekkiller de kadın avukatlara 'kadın ya ilgi gösterirsem dosyama
daha iyi bakar' gibi bir tutumla özel günleri kutlamaya çok meyillidirler.”
- **Görüşme 17-** “Müvekkillerin kadın avukatlarla görüşürken onları daha iyi
dinlediklerini düşündükleri için daha rahat olduğunu, daha fazla fikirlerini,
ortaya koyabildiklerini düşünüyorum”
- **Görüşme 151-** “Bir işverenin haksız yere işçiyi işten çıkartma davası vardı
ve işçi bana danıştığında ona kanunun düzenlenmesinden bahsettim. Bunun
üzerine işçiden kadın olduğunuz için daha insaflı, vicdanlı olmanızı bekler-
dim cevabını aldım.”

Müvekkillerin kadın avukatlara davranış biçimlerinde daha çok ya da daha az
samimiyet eğiliminde olduklarına dair farklı cevaplar da bulunmaktadır:

- **Görüşme 7-** “Erkek avukatlara daha samimi davranıyorlar, bize bir tık daha
kibar ve mesafeli davranıyorlar. Bunun olumsuz tarafı ise, erkek avukatlar,
müvekkil ile daha yakın oldukları için daha kolay işi alabiliyorlar.” Bu ce-
vapta soruda tutum ve davranış şekli sorulan müvekkilin cinsiyetine dair bir
içerik olmamasına rağmen görüşmeci avukat müvekkili erkek olarak algılamış
ve cevabını ona göre vermiştir. Bu durum, mesleklerin cinsiyetlendirilemesine
benzer şekilde, adli yardım alma, bu bağlamda adalete erişimdeki cinsiyet
eşitsizliğinin nasıl içselleştirilmiş olabileceğine dair bir ipucudur.

- **Görüşme 46-** *“Erkek müvekkillerimiz bizlere daha saygılı ve çekingen davranıyorlar ancak kadın müvekkillerimiz arkadaş, abla, kardeş gibi daha samimi ilişki kurmak istiyorlar.”*

Bir grup cevapta ise kadın müvekkillerin yaklaşımıyla ilgili tespitler bulunmaktadır:

- **Görüşme 15-** *“Özellikle kadınlar farklı çelişkilerde kalabiliyor. Öncelikle erkek avukat tercih etmeyi düşünüyor çünkü eşyle bir kadın avukatın baş edebileceğine inanmıyor. Eşinin dilinden bir erkeğin anlayabileceğini düşünüyor. Bu yüzden öncelikli tercihler erkeklere yönelik oluyor ama sonra kadın bunu deneyimledikçe erkek avukata her şeyini anlatamayacağını da fark ediyor. Kadın avukatı olsa onu daha iyi anlayacağını daha açık konuşabileceğini fark ediyor. Bu çelişkiyi yaşarken de davranışlarında bariz farklar yakalayabiliyorsunuz. Erkek müvekkillerin davranış farklılığı ise daha çok ücret konularında ortaya çıkıyor.”*
- **Görüşme 25-** *“Erkek müvekkillerin kadın avukatlara karşı gevşek olduğuna dair çok fazla tecrübem var yani. Tavır olarak, konuşma olarak daha böyle samimi, masum bir yaklaşma yok. Bu benim avukatım değil bu kadın avukatım diye yaklaşıyor sana. Yine kadın müvekkil geldiğinde de belirli bir süre sonra psikoloğu, gün arkadaşı gibi davranmaya başlıyor.”*

Kadın avukata hitap konusu da bu soru cümlesinden değerlendirmelerde akla gelen cevaplardan olmuştur:

- **Görüşme 40 -** *“Bir keresinde yaşlı bir müvekkilimiz, erkek olan iş arkadaşıma ‘avukat bey’ diye seslenirken; bana sadece ‘kızım’ demesi beni üzmüştü.”*
- **Görüşme 72-** *“Birçok defa müvekkillerin gönderdikleri kısa mesajlarda ve telefon konuşmalarında bana yanlışlıkla ‘avukat bey’ şeklinde hitap ettiklerine tanık oldum; bunun avukatlık mesleğini ancak erkeklerin yapabileceği bir meslek olarak kafalarında imgelemlerinden kaynaklı olduğunu düşünüyorum.”*
- **Görüşme 94-** *“Stajyerliğime başladığım ikinci altıncı ayımda bir hacze gittim. Banka vekiliydim ve alacaklıydık. İstihkak iddiamızın bulunduğu haczi gerçekleştirirken borçlu bana karşı ‘sen benim muhatabım değilsin’ şeklinde söylemde bulundu. O sırada yanımızda bulunan ofisimizin erkek icra katibi kâle alınırken ben kadın olduğum için alınmadım. Bu konuya sayısız örnek verebilirim.”*

Birden fazla avukatın bulunduğu avukatlık bürolarında ise kadın avukat yerine erkek avukat tercih edildiği ya da kadın avukatın sağlamlasının erkek avukata yaptırıldığına dair cevaplar da bulunmaktadır:

- **Görüşme 16-** “Ofisimize ziyarette bulunan her on kişiden en az yedisi avukat bey ile görüşmek istediklerini dile getiriyorlar. Deneyimlerimden edindiğim bir diğer tecrübe ise benimle görüşme yapmak durumunda kalan kişilerin birçoğunun daha sonra erkek meslektaşım ile görüşme talebinin olduğu.”
- **Görüşme 18-** “Serbest avukatlık döneminde ilçede erkek müvekkillerin evlilik ve borçları ile ilgili konularda benimle konuşmak istemedikleri, bana sorunlarını anlatmadıkları ya da anlatsalar da geri dönüş olarak söylediklerimi ortak olarak çalıştığım eşimden onaylattıklarını daha sonra öğrendiğim çok olmuştur. Hüsrana uğradığım sahnelerdendi belirtmek isterim ki, ancak hiçbir zaman yılmadım. İlçedeki iki kadın avukattan biriydim ve ilçenin bize alışık olmaması hali, tabii konuyu kişiselleştirmesem okumuş kadına alışık olmamaları sebebiyle ve bir kadına bu tür sorunları anlatmanın kırıcı olduğunu düşünmeleri onları incittiğini fark ettim ve evliliklerini başka bir kadınla tartışmayı müstehcen bulduklarını da ifade etmeliyim.”
- **Görüşme 36-** “Müvekkillerimizde kadın avukatlara karşı güvensizlik seziyorum çoğu zaman. Toplantılar esnasında çoğu zaman konuyu erkek avukatlara aktarmakla başlarlar, toplantı devamında dengeler değişir ve kadın avukatların varlığını yeni fark etmişler gibi kadın avukata güven duyunca hukuki sorunlarını bizlere daha yoğun aktarırlar. Bunun istem dışı, toplumsal ve kültürel zihniyet davranışı olduğunu düşünüyorum.”
- **Görüşme 109-** “Bir müvekkilim erkek ortağım değil de ben duruşmasına gittiğim için suratını asarak bekledi ancak beraat alınca hakim, ‘Avukatına dua et’ dediğinde gelip teşekkür etti. Ancak sonrasında kendisiyle yaşadığımız vekalet ücreti ödememe anlaşmazlığında ortak avukatım ücretini ödemediğini söylediğimizde kendisi ‘Ne var ki iki kırıtı bir gülümsedi beraati kaptı’ diyerek ücreti ödemek istemedi.”
- **Görüşme 146-** “Evet, birkaç ceza dosyasında erkek avukatların daha güçlü olabileceği, ‘avukat hanım X bey girse... Y bey de gelecek değil mi?’ gibi söylemlerle karşılaştık.”
- **Görüşme 155-** “Ofis ortaklarımdan erkek olan ile birlikte aldığımız bir davanın duruşmasından çıktığımızda müvekkil bana sorular sormaya başladı ve ben cevapladım. Ancak müvekkilin derdi hakimi sevmediğiydi ve beni de hakim ile niye tartışmadığım için eleştirmeye başladı. Salondan sonra çıkan erkek avukat ortağım bize yaklaştığında ‘ne oluyor hayırdır’ dediğinde az önceki adam yok oldu. ‘Abi bir şey yok, hakimi eleştiriyordum. X Hanımı çok yordu’ diyerek gözümün içine baka baka yalan söyledi. Erkek avukatın ‘ne oluyor hayırdır’ cümlesi yetmişti.”

Erkek müvekkillerin kadın avukatlara tacizkâr yaklaşımları da cevaplar içinde yer almaktadır:

- **Görüşme 48-** *“Kadınların daha titiz çalıştıklarını düşünen müvekkillerimiz oldukça fazla aslında. Bu düşüncenin yanı sıra sırf cinsiyeti dolayısıyla farklı bir beklenti içerisinde kadın avukatları tercih eden müvekkiller de oluyor. Örneğin ofis dışı buluşma talepleri, öğlen yemeği akşam yemeği teklifleri ya da geç vakitlerde işle alakalı gibi gözüken ama aslında olmayan mesajlar aldığım oldu. bu konuda da aslında kadın avukatların bir noktada tacize uğradıklarını söyleyebilirim.”*
- **Müvekkillerin vekalet ücreti belirleme ve ödeme konularında kadın avukatlara erkek avukatlardan farklı şekilde davrandıklarını deneyimlediniz mi/gözlemlediniz mi?**

Bu soruya verilen cevaplarda, müvekkillerin ya kadın avukatları zayıf gördükleri için vekalet ücretini daha az verme ya da tahsil aşamasında sorun çıkardıkları, ya da avukat kadın olduğu için para konusunda zayıf görünmemek için sorun çıkarmadan ödeme yaptıkları şeklinde iki eğilim bulunmaktadır:

- **Görüşme 5-** *“... Kadın müvekkiller ödeme ile ilgili daha çok ertelemeler yapmaya çalışırken erkek müvekkiller indirim dahi sormayıp biz olumlu olumsuz döneriz diyorlar daha netler. Dosya masraflarında da örneğin erkek müvekkiller ile direk makbuz keserken kadın müvekkillerde ödemeler konusunda her zaman erteleme talepleri oluyor. Ancak erkek bir avukat ödemelerle ilgili talepte bulunduğu anda ödeme yapıyorlar.”* Bu cevapta yer alan “kadın müvekkillerin erteleme talepleri”nin sosyo ekonomik sebepleri ayrıca değerlendirilmelidir.
- **Görüşme 10-** *“Ücret konusunda evet, kadınla pazarlığa girişme erkeğe ise direkt tamam deme durumu oluştu.”*
- **Görüşme 11-** *“Kadın avukatların erkek avukatlardan daha az ücret talep etmesi gerekir gibi bir algı oluştuğunu çoğu kez gözlemledim”*
- **Görüşme 15-** *“Kadın erkeklerce, ekonomik anlamda karşı tarafça hakkını arayamayacakmış gibi gözükyor ve bu yüzden vekalet ücretini daha düşük tutmaya çalışıyor veya ödeme konusunda savaçklama gibi şeyleri kadın avukatlarda çok sık yaşıyoruz. Genelde erkek müvekkiller yapıyor bunu çünkü bir erkek avukatla yüz göz olmaya çekiniyor ama nedense kadın avukatları daha uğraşılabilir/tavize açık görüyorlar.”*
- **Görüşme 19-** *“Evet, daha ucuz bakmamı istiyorlar. Kadınla daha çok pazarlık yapılabileceğini, duygusal argümanlarınının kadın üzerinde daha çok işleyebileceğini düşünüyorlar.”*

- **Görüşme 20-** “Aile içinde bir avukat kuzenim var, erkek. Aile içinde bir miras söz konusu oldu ve benim kendi babamın bile bana danışmak yerine kuzenime danıştığını öğrendim. Üstelik kuzenime danışma ücreti karşılığında danıştı. Bu durum biraz gururumu kırdı açıkçası. Bunun dışında ben ücret almakta zorlanıyorum çünkü karşı taraf genelde bir kadına karşı daha kaba davranıyor. Para konusunda erkek meslektaşlarımdan destek aldığım zamanlar oluyor. Örneğin bir davam için erkek meslektaşımın ‘benim ortağım’ gibi davranmasını isteyerek müvekkilimle görüşürdüm. Ben bir erkeğin kabalığına maalesef ulaşamıyorum ve bu nedenle bu açıdan çok yıprandığım oluyor.”
- **Görüşme 55-** “Kazandığım bir davada müvekkil karşı taraftan kazanılan vekalet ücretimi kendi almak istedi ve daha sonra benden önce dava için bir erkek meslektaşına gittiğini “onun bile” benden daha ucuza çalıştığını söyledi. Bunun temelinde kadın bir avukat olarak daha az ücret hak ettiğime dair olan inancı yatıyor.”
- **Görüşme 60-** “Kadın avukatın sanki bir ev geçindirme zorunluluğu yokmuşçasına daha az ücrete tamah edecekleri gibi bir algı mevcut ancak erkek avukatların ise bunu bir meslek olarak icra ettiklerinin bilincindedir. Bu nedenle ödemeleri daha düzenli ve vekalet ücreti konusu daha az pazarlık konusu oluyor.”
- **Görüşme 105-** “Kadın avukatların erkek avukatlardan daha az kazanması gerektiğine dair bir algı var maalesef. Ödeme noktasında ise şunu söyleyebilirim: Erkek avukatlar, küfür ederek bile vekalet ücretini tahsil edebiliyorlar ve bu anormal bir şey olarak görülüyor; fakat kadın avukatın vekalet ücretini istemesi bile yanlış bir şeymiş gibi görülüyor.”
- **Görüşme 120-** “Kadınlar hep en fazla ‘çalışarak evine destek olan’ kişiler oldukları için daha düşük ücretler alması normal görülüyor. Bu durum sadece vekalet ücreti noktasında değil sigortalı çalışan avukatlarda da görülüyor. Aynı hukuk ofisinde aynı işi yapan kadın ve erkek iki avukat ayrı ücretlerde çalışabiliyor. Ve tabii erkek avukatın önü her zaman daha açık oluyor.”
- **Görüşme 150** “Doğruyu söylemek gerekirse kadın avukatın bu konuda avantajlı olduğunu düşünüyorum. Özellikle erkek müvekkil adayları kadın avukatlarla nezaket olsun diye ücret belirleme ve ödeme konularında hiç sıkıntı yaratmıyor ya da henüz ben hiç sıkıntı yaşamadığım için bu şekilde düşünüyorum.”

- **Kadın müvekkillerinizin sizi kadın olduğunuz için tercih ettiği oluyor mu? Sizden cinsiyetinizden dolayı bir empati bekliyorlar mı? Bu halde sizin tavrınız ne olur/ne oluyor?**

Bu soruya verilen cevaplar özellikle cinsel şiddet ve boşanma davaları için öyle ve bunun anlaşılır olduğu yönündedir. Bu cevaplarda kullanılan “empati” kavramının, kadın avukatların meseleyi “anlamak” için hukuki bilgi yanında cinsiyetlerinden dolayı sahip oldukları bilgiyi de kullanmalarının istendiği ya da kullandıklarını göstermektedir.

- **Görüşme 1-** “... Bu çok normal bir beklenti bir kadını en iyi yine başka bir kadın anlar... Fakat mesleki empatiyi sınırları dâhilinde yapmak elzem.”
- **Görüşme 14-** “Boşanma davalarında özellikle bununla karşılaşıyorum. Dertlerini anlatmaları daha kolay olduğundan, herhangi bir sırrını paylaşırken daha rahat olduklarından, erkeklerin kadınlara empati yapamayacağını düşündüklerinden genellikle kadın müvekkiller bizi tercih ediyor. Böyle bir durumda yaşamış oldukları mağduriyette daha yardımcı oluyoruz onları anlamamız kendilerini iyi hissetmelerine sebep oluyor... Empati kurmanın bizim meslekte çok önemli olduğunu düşünüyorum.”
- **Görüşme 27-** “Bayanların olaylara bakış açısı daha detaycı olduğundan, bir şekilde kararsızlık yaşayan bayanların eğilimi, bayanlarla dertleşerek çözmeye yönelik oluyor.”
- **Görüşme 130-** “Tabii bizi kadın olduğumuz için tercih ettikleri oluyor. Özel hayatlarını daha rahat anlatabilmek amacıyla daha çok tercih ediyorlar. Hatta boşanmayla sınırlamayalım, mesela bazı ticari dosyalarda şöyle bir yaklaşım sergiliyorlar ve ben ona tamamen karşı çıkıyorum. ‘Kadın titizliği’ diye bir yaklaşım. ‘Siz bunu kadın titizliğiyle yaparsınız’ gibi bir yaklaşımla bana geliyorlar. Ben de hep şunu söylüyorum ‘Ben kadın olduğum için sizin avukatınız değilim. Ben bu konularda iyi olduğuma inandığımız için sizin avukatınızım’.”
- **Erkek müvekkillerinizin (özellikle aile hukuku davalarında bir kadın avukat tarafından temsil edilmenin haklılık imajı yaratacağını düşündüklerinden dolayı) sizi kadın olduğunuz için tercih ettiği oldu mu/oluyor mu? Bu halde sizin tavrınız ne olur/ne oluyor?**

Bu soruya verilmiş olan çok az sayıda “evet” cevabı şu şekildedir:

- **Görüşme 3-** “Aile hukukunda değil de cinsel istismar dosyalarında bu sebeple geldiklerini açıkça beyan etmektedirler.”
- **Görüşme 4-** “... Örneğin kadına şiddet davalarında karşı tarafın avukatları kadın seçiliyor ve bence bunun sebebi kendilerini kadın yanlısı gösterme ve kadına önem veren bir profil çizme. Dikkat çeken bir diğer olay da, kadın

avukatların açıklamaları oluyor genelde. ‘Gerçekten kadın şiddet görseydi eğer, ben hemcinsime karşı savunma yapmazdım’ gibi sözler kullanarak medyaya açıklamalar yapıyorlar...”

- **Görüşme 9-** “Gelen müvekkil erkekse ve boşanma davasıysa şu moda giriyorlar; bu kadın avukatı ikna edebilirsem mahkemede haklılığımı inanır ya da onu ikna etmem lazım ki benim avukatlığımı iyi yapsın.”
- **Siz, bir kadın avukat olarak kadın müvekkilleriniz ve erkek müvekkillerinizle olan iletişiminizde, onların beklenti ve taleplerinden bağımsız olarak kendi yaklaşımınızda bir farklılık olduğunu düşünüyor musunuz? Varsa bunu nasıl açıklarsınız?**

Bu soruya verilen cevapların büyük çoğunluğu, kadın avukatların cinsiyet fark etmeksizin müvekkillerine hukuki bilgilerinin, profesyonelliğin ve meslek etiği sınırlarının gerektirdiği şekilde yaklaştıkları olmuştur. Soruya verilen “evet” cevaplarındaki açıklamalar ise kadın müvekkillerin kadın avukata yaklaşım ve ondan beklentilerine paralel bir görünüm arz etmektedir. Bunların bir kısmı hemcinsler arasındaki empati (hatta bu empati ya da kadını kollayıcı yaklaşım, görüşme 47’de verilen cevapta karşı taraftaki kadına da uzanmaktadır), bir kısmı ise “yanlış anlaşılma” ya da “temkinli olma” ile açıklanmıştır:

- **Görüşme 7-** “Erkeklerle biraz daha mesafeli konuşmak gerekebiliyor fakat bir kadın olarak kadınlarla daha yakın iletişim kurabiliyoruz.”
- **Görüşme 11-** “Aile hukuku alanında kadınlar duygularını dışa aktarmakta daha sıcak davranıyorlar bu hususlarda onları anladığımı belirten daha yakın cümleler kuruyorum avukat olmaktan ziyade psikoloğuyum gibi.”
- **Görüşme 19-** “Evet. Kadınlara daha hassas yaklaşıyorum, çünkü neden yaklaşmayayım? Pozitif ayrımcılık... Gelen erkeklerle kadınların yaklaşımı arasında net bir fark görüyorum. Kadınlar gelmeden araştırıyor, herkese soruyor. Çok kısıtlı imkânları var, danışmanlık ücreti veremiyorlar. Gerçekten emin olarak başvuruyorlar ve çok zor şartlarda bana ulaşıyorlar. Ama erkeklerde böyle bir şey yok. Birçoğu kahvehaneye girer gibi gelip saygısızca davranabiliyor. Oysaki bir kadının randevu alıp benim ofisime gelene kadar çok yol kat ettiğini biliyorum. Bu sebeple yaklaşımım arasında elbette ki farklılıklar olabiliyor.”
- **Görüşme 24-** “Avukatlar ofis dışında da görüşme yapabiliyorlar. Ama bu bende daha az oluyor, görüşürsem de daha mesafeli oluyorum çevreden görülüp yanlış anlaşılma sebebiyle ya da gece geç saatlerde ofisime erkek müvekkil almıyorum mesela. Bu da bakış açısından kaynaklı bir şey. Biraz daha dikkat ediyorum erkek müvekkillerime karşı yani.”

- **Görüşme 25-** “Erkek müvekkillerle iletişime geçerken biraz daha olduğumdan farklı olmam gerekiyor. Yanlış anlaşılacak için güler yüzü olmamaya, espri yapmamaya dikkat ediyorum.”
- **Görüşme 43-** “Erkek müvekkilini gece saatlerinde arayamayabiliyorsun ama kadın müvekkilini arayabiliyorsun... Mağdur sıfatındaki kadın müvekkillerine daha korumacı ve kollayıcı yaklaşabiliyorsun çünkü kadının mağduriyeti konusunda hassaslaşmış durumdayız... Ben mesleğimi icra ederken kadın müvekkilimin, kalbimle ve mesleki pratiğimle daha çok yanında bulunabiliyorum.”
- **Görüşme 47-** “Öncelikle erkek tarafın vekiliysem kadından yana ne yapabileceğimizi düşünür ve anlatırım. Genelde anlaşmalı olarak boşanmayı tavsiye ederim. Kadın tarafın zarar görmemesi için elimden geleni yaparım. Örneğin: bana “ona hiçbir şey vermem, ne hali varsa görsün” gibi bir cümle sarf eden erkeğin vekilliğini asla kabul etmem.”
- **Görüşme 103-** “Kadın müvekkillerim şiddet mağduru değilse yaklaşımında bir farklılık olmuyor. Ancak şiddet mağduriyeti söz konusu ise onunla daha sıkı, kendini daha rahat hissedeceği bir iletişim kurmaya çalışırım.”
- **Görüşme 141-** “Erkek müvekkil eğer hiç tanımadığım ve bana herhangi bir referansla gelmeyen biriye ofiste değil mesela dışarda görüşmeyi ilk başta tercih ediyorum. Çünkü bu konuda gerek hemcins meslektaşlarımın gerek benim negatif deneyimlerimiz oldu. İnsanlar saygı sınırını aşıp size başka türlü yaklaşabiliyorlar. Benim çalıştığım kadın meslektaşlarım da böyle görüşmelere (referans yoksa vs.) mutlaka yanlarında bir meslektaşlarıyla girmeyi tercih ediyorlar. Sınırı/mesafeyi korumak konusunda erkek müvekkillerle daha hassas oluyorum. Hangi kelimeleri seçtiğime dikkat ediyorum, samimiyet sınırı normalde de hassas olduğum bir şey ama erkek müvekkillere sonrasında daha olumsuz şeyler yaşanması için ekstra hassas davranıyor olabilirim. Bundan da mutlu değilim ama bu toplumla alakalı ve buna mecbur bırakılıyorum, bunu tercih etmek istemezdim.”
- **Kadın müvekkilinizin erkek hasmı tarafından şiddet veya tehdide maruz kaldığınız oldu mu? Olduysa bunun kadın olmanızla ilgisi olduğunu düşünüyor musunuz?**

Bu soruya evet cevabı oldukça az verilmiştir, bu yöndeki cevaplarda da meselenin cinsiyetle ilgili olmadığı düşüncesi daha fazladır. Kadın avukat olmanın etkili olduğu yönündeki örnek cevaplar şöyledir:

- **Görüşme 10-** “Erkek müvekkilimin boşanmak istediği eşinin arkadaşı tarafından aileme ulaşıldı. Aileme ulaşan şahıs, erkek müvekkilim ile aramda bir ilişki olduğu iddiası ile düzenimi bozmaya çalıştı.”

- **Görüşme 12-** *“Bir keresinde suça sürüklenen çocuk müdafii iken bir kız babasının şiddetine maruz kalmıştım. Olayda on dört yaşındaki bir çocuğun rıza ile cinsel ilişki durumu söz konusuydu. Söz konusu mağdurun babası bana hakaret etti ve üzerime yürüdü. Bunun da kadın olmam sebebiyle değil de daha çok suçun niteliği ile ilgili olduğunu düşünmüştüm. Babanın şov yaptığını düşünmüştüm. Çünkü aynı baba kızını söz konusu eylemi sebebiyle sokağa atmıştı. Yani sonuç olarak kadın müvekkilin erkek hasmı genel anlamda kadına düşman bir kişilik oluyor. Bu sebeple en nihayetinde sizin de kadın olmanız bir dezavantaj doğuruyor. Ama bizim mesleğimizde her avukat bu tip durumlarla karşılaşılıyor. Kadınsanız sadece bir tık daha fazla karşılaşılıyorsunuz diyebilirim.”*
- **Görüşme 53-** *“Şiddet değilse de tuhaf yaklaşımlar yaşadım. Bana kırmızı güller gönderen, siz için aslını bilmiyorsunuz diye ofisime gelen hasım taraftan erkekler oldu. Birisi de ‘aslında hep sizin gibi birini aradım ben hayatım boyunca’ demişti. Bu deneyim doğrudan kadın olmamla ilgili maalesef. Ancak tehdit boyutunu yaşayan erkek meslektaşlarım da olmuştu.”*
- **Birlikte çalıştığınız erkek meslektaşınız varsa mesleki işbölümünüzde cinsiyetlerinizin etkisi oluyor mu?**

Görüşme yapılan avukatların çalışma şekilleri birbirinden çok farklı olduğu için, bu soruda ağırlıklı eğilimin tespit edilmesi mümkün olmamıştır. Aşağıda hem evet hem de hayır için temsil edici olduğunu düşündüğümüz cevaplar bulunmaktadır:

- **Görüşme 4-** *“Daha pratik ve hızlı olunması gereken işler, şehir dışına gidilmesi gibi durumlarda da o iş, erkeklere verilir. Bunun amacı da bir yandan kadınlar yorulmasın, zorluk çekmesin idi, bir yandan da zaten erkekler hallediyor, kadınlara ihtiyaç yok mantığıydı. Bu beni çok rahatsız ediyordu. Çünkü erkekler olmadığında o işlerin hepsini biz yapıyorduk. Yapabildiğimiz bir işte yapamıyormuş konumuna düşürülmek ve buna tepki gösterince biz sizi düşünüyoruz cevabına sığınmaları gerçekten beni öfkeliendiriyor ve üzüyordu.”*
- **Görüşme 8-** *“Erkek meslektaşlarım dışarı işlerine gönderiliyorlar, özellikle mesai dışı işleri daha çok onlara veriliyor. Kadın meslektaşlarım ve bana çocuklar ve eş sorumluluğu dolayısıyla pozitif ayrımcılık yapılıyor.”*
- **Görüşme 16-** *“Kesinlikle oluyor. İş ortağım bulunduğumuz bölge itibarıyla özellikle hacizlere ve sanayi bölgelerine benim gitmememi talep ediyor. Kötü muameleye maruz kalacağım endişesine sahip.”*

- **Görüşme 21-** *“Sigortalı çalışan alacak ofisler genelde mesela kadın eleman tercih ediyor. Daha az ücret vermek için olabilir. Hani bir erkek evi geçindiriyor algısı var ya, ya da erkek avukatlar eninde sonunda kendi ofisini açar ama her kadın avukat kendi ofisini açmaz çalışan olarak devam eder zihniyeti var. Genel olarak sigortalı olarak kadın çalıştırma çünkü yani erkek çalıştırsak müvekkil çalar, kendine müvekkil alıp ofis açar ama kadın avukat zaten ofis açmaz gibi bir zihniyet var.”*
- **Görüşme 24-** *“İşveren avukatlar yanlarında çalıştıracak sigortalı avukat alımlarında kadın avukatlara daha çok güveniyorlar ve genelde kadın avukat çalıştırmak isterler. Kadınların daha titiz olduğuna, daha çalışkan olduğuna inanıyorlar.”*
- **Görüşme 31-** *“Oluyor. Genelde daha düzenli olduğumu düşündükleri için dosyaların internet ortamında düzenlenmesi ve duruşmaların düzene sokulması görevi bende oluyor.”*
- **Görüşme 32-** *“Örneğin şehir dışı duruşması ise öncelik erkek meslektaşlarda. Ya da hacze öncelikle erkek meslektaşların gitmesi yönünde. Ayrıca dışarıda üçüncü kişilerle iletişimi gerektirir bir durum olması halinde de ilk olarak kadın meslektaşların iletişime geçmesi gerektiği yönünde bir algı var. Sosyal ilişki gerektiren hususlarda ağırlıkta kadın meslektaşlar ön plana çıkıyor. Ayrıca kadın avukatın anne olması, çocuk doğuracak olması onun işinden elbet bir zaman kopacağı ve yetersiz olduğu/olacağı şeklinde yorumlanıyor. Bunu toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin maalesef avukatlar arasında da olması ile açıklayabilirim. Keza kadın iş arkadaşlarımız kutlamalarda pasta getiren, pasta kesen, toplantılarda çay servis eden kişiler olarak addediliyor.”*
- **Görüşme 89-** *“Şu anda tek çalışıyorum. Daha önce kadın ortağım ile birlikte çalışıyordum. Kadın ortakla çalışmanın zorlukları oluyordu. Çünkü mesela ikimiz de aynı anda hamile kalmamız halinde ofis işleri aksayabiliyor, bu tarz durumlarda planlı bir şekilde gitmek zor oluyor. Her iki taraf da kadın olduğunda ister istemez aile öncelikli oluyor ve bu durumda da iş aksıyor. Onun için iki kadın avukat olarak ilerlemek çok mantıklı değil. Bunun yerine bir erkek avukatla ortak olmak daha mantıklı. Çünkü erkek için her zaman ailesini geçindirmek ön planda olduğu için o daha çok para kazanmak için çalışıyor. Ama kadınlarda her zaman ister istemez öncelik toplumun dayatmasından, koca beklentisinden kaynaklandığı için iş hayatı geri planda kalıyor. İki taraf da kadın olduğundan iş planı geri kaldığında sıkıntı oluyor. Onun için ya tek ya da erkek ortakla çalışacaksın.”*

- Staj döneminizde cinsiyetinizden dolayı bir zorluk yaşamış mıydınız, ya da çevrenizde böyle bir zorluk gözlemlemiş miydiniz? Kadın stajyer avukatların staj bürolarını seçerken cinsiyetlerinden dolayı fazladan bir sıkıntı ve çekince yaşadıklarını düşünüyor musunuz?

Bu soruya verilen cevapların büyük çoğunluğunda (112/164), kendileri yaşamamış olsa bile kadın avukatların staj döneminde cinsiyetlerinden dolayı zorluk yaşadıklarını bildikleri söylenmiştir. Bu zorlukların da, bir üstte yer alan birlikte çalışma sorusunda olduğu gibi işbölümüyle değil, taciz edilme potansiyeliyle ilgili olduğu ifade edilmiştir. Bazı cevaplarda farklı muameleyi kadınların lehine bir yaklaşım olarak değerlendirildiği de görülmüştür:

- **Görüşme 9-** *“Stajyer avukatların, staj bürolarında ekonomik olarak sömürülmelerinin yanında eşitlikçi olamayan, cinsiyetçi yaklaşımlarla da aşağılandıklarını duydum. Hatta taciz boyutuna ulaşan olaylar da biliyorum. Bu tarz sıkıntılar kesinlikle oluyor ve baro bunun önüne hâlâ geçemedi.”*
- **Görüşme 10-** *“Herhangi bir sıkıntı yaşamadım Tek sıkıntı ‘Cv’nizi gördüm çok beğendim bir tanışmak istedim’ demesi erkek bir işveren üstadın, can sıkıcı oldu. Onun dışında bir sıkıntı yaşamadım.”*
- **Görüşme 11-** *“Kadın stajyerler daha çok kadın patronlarla çalışmayı tercih ediyorlar. Ben de erkeklerin daha çok olduğu bürolar değil de sayının eşit olduğu büroları araştırmıştım. Ama dışardan duyduğum kadarıyla çalışma saatlerindeki baskılama ya da kıyafete karışma gibi durumlar oluyor.”*
- **Görüşme 14-** *“Staj yapmak istediğim yere başvurduğumda erkek meslektaşım bana flörtöz konuştuğu için orda çalışmaktan vazgeçmiştim. Sadece bunu ben değil birçok meslektaşım da yaşadılar. Evli erkekler ‘yemeğe çıkalım mı, anı yaşamayı sever misin’ tarzı sorularla kadın meslektaşlarımı çok rahatsız ettiler, sözlü tacizlere çok maruz kaldığımız oldu. O sebeple ben de stajımı kadının fazla olduğu yerlerde yapmaya özen gösterdim ne yazık ki.”*
- **Görüşme 15-** *“Zorluğunu değil avantajını yaşadım. İşveren avukat beni sürekli pozitif bir ruh halinde ve gülümserken gördüğü için stajyer temsilciliği görevini kesinlikle senin gibi bir hanım kızımız yapmalı demişti.”*
- **Görüşme 19-** *“Büroların kendisinde baroların ilan sayfalarına - İş Kanunu’nun 5. maddesi hiçbir ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemişken-örneğin ‘seyahat engeli bulunmayan erkek stajyer aranmaktadır’, ‘eli ayağı düzgün kadın stajyer aranmaktadır’ gibi ilanların olduğunu gördüm.”*
- **Görüşme 25-** *“Ben staj dönemimde çok fazla sorun yaşamıştım. Staj yaptığım yerde sigortalı çalışan avukat mesajlarıyla beni çok fazla taciz etmişti ben buna yüz vermeyince her cuma olan toplantılarda beni rezil ederdi.”*

Ben bu kadar çok psikolojik şiddet görünce oradan ayrılmıştım. Daha sonra başka bir yerde staja başlamıştım. Orda da sadece kadın stajyerler vardı. Avukat erkekte bize stajyeriyle yaşadığı yasak ilişkisini anlatıyordu. Şu an ortak olduğum arkadaşımla biz bu duruma tepki gösterince bizi oradan çıkarttı. Yani şu anki ortağım la biz bu psikolojik şiddet sonucu bir araya geldik. Sonra mesela ben bu avukatlık bana göre değil diye düşünüp hakimlik sınavına hazırlandım mesela hiç aklımda yokken. Belki sigortalı avukatlığı da o yüzden tercih etmedim ben. Belki çok fazla stajyer bu durumu yaşıyor, ben duyuyorum ve inanırım yani.”

- **Görüşme 28-** *“Kesinlikle katılıyorum. Ben staj yaparken ofisimdeki erkek avukatın ofise stajyer, avukat veya muhasebeci alacağı zaman kadın tercih ettiğini ve ilk baktığı şeyin vesikalık fotoğraf olduğunu öğrendiğimde oradan ayrılmıştım. Yine başka bir arkadaşımın işveren bir avukat tarafından ofiste tacize uğradığını bizzat kendisinden dinlemiştim.”*
- **Görüşme 32-** *“Ben yaşamadım ancak barodaki kadın stajyer arkadaşlarımdan iş görüşmesine gittikleri avukatların kendilerine kişisel sınırlarını ihlal edecek hal ve tavırlarda bulduklarını sıklıkla dinledim. Stajyer avukat iş görüşmelerine kadın arkadaşları tek başına değil bir arkadaşı kendisine eşlik eder şekilde gitmek zorunda kaldığı zamanlar dahi olmuştur.”*
- **Görüşme 53-** *“Staj dönemi meslek hayatımın en zor dönemi olabilir. Hakimlerden meslek büyüklerimizden gereğinden fazla ilgi gördüğüm zamanlar oldu, kendimi hep defansta hissedirdim.”*
- **Görüşme 63-** *“Cinsiyet eşitsizliğini en çok staj dönemimde yaşadım. Bunu yaşayan birçok kadın stajyer avukat var. Birçok ofis sekreter almıyor ya da ofise genel bir temizlikçi almıyor. İki tane stajyer alıyor bunlardan birisi erkek birisi kadın oluyor. Erkek stajyeri genelde hukuki anlamdaki işlerde çalıştırırken kadın olan stajyerler gelen misafirlere çay servisi yapma, ofisi temizleme vs. gibi işlerde kullanılabilir. Ben bunu bizzat yaşadım böyle bir ofiste 1 ay çalıştım. Birlikte stajyer olarak alındığımız erkek arkadaşım da okuldan tanıdığım birisiydi yani aynı yaşta aynı okuldan aynı sene mezun olmuştum, aramızdaki tek fark onun erkek olmasıydı.”*
- **Görüşme 140-** *“Evet, cinsiyetimden dolayı bir zorluk yaşadım. Staj yaptığım erkek avukat benim istemediğim/onaylamadığım bir şekilde bana yaklaşmıştı, staj yaptığım bürodan başka bir büro tercih etmek zorunda kaldım. Kadın stajyer avukatların staj bürolarını seçerken cinsiyetlerinden dolayı fazladan bir sıkıntı ve çekince yaşadığını kesinlikle düşünüyorum.”*

- **Görüşme 158-** “Sadece staj dönemi ile sınırlı değil bu. Kadın avukatlar cinsiyetleri, dış görünüş ve giyimleri, medeni halleri vb. konularda sık sık zorluklar yaşıyor ve ayrımcılığa tabi tutuluyorlar. Daha önce yaptığım iş görüşmelerinde bunu hissetmişim. Özellikle evli olmam bazı avukatlar açısından eksi olarak görülüyor. Çalışma saatleri konusunda sıkıntı yaşayacağım düşünülüyor. Halbuki aynı iş görüşmesine eşim gitmiş olsa bu hiçbir şekilde problem olmazdı eminim ki.”
- **Kadın olmanızdan dolayı hakim-savcı ya da personelin size ayrımcı davrandığını hissettiğiniz/deneyimlediğiniz oldu mu? Olduysa ne düşündünüz/ne hissettiniz/nasıl davrandınız?**
- **Görüşme 4-** “... Bazı hakim ve savcılar sizi avukat olarak görmezler ve küçümseyerek sürekli bir şeyler öğretmeye çalışırlar. Sizi geçiştirirler ve zaman zaman görmezden gelirler. Ama aynı durumdaki erkek avukatlara bu hareketleri kadınlara yaptıkları kadar yapamazlar. Adli personelden de kadın olduğumuz için daha yakın davranma, ikinci bir duruşmaya gittiğimizde mübaşirin bizi tanıyormuş gibi ismimizle seslenmesi gibi birçok durumla karşılaşılıyoruz...”
- **Görüşme 11-** “... Mahkeme kalemlerinde kadın olduğum için yine kadınlardan ayrımcılık gördüm...”
- **Görüşme 15-** “Kadın savcılar kadın hakimler, kadın avukatlarla karşılaştığında daha sert davranıyorlar. Sanırım kimse hemcinsini kayırmakla suçlanmak istemiyor.”
- **Görüşme 18-** “Olmaz olur mu hiç unutamıyorum, bir kez bir erkek hakim tarafından uzattığım el sıkılmadı. Bir kadın olarak, bir avukat olarak, yaşça büyüğü olarak hiç iyi hissetmedim uzun yıllar ayıpladığım bir durum oldu içimde.”
- **Görüşme 20-** “Bir gün savcının yanın gittim, hem yaşımın küçüklüğünden dolayı hem de fiziksel olarak ince ve çok uzun olmamamdan ötürü ‘çıtı pıtı da bir avukat hanımsınız ne uğraşıyorsunuz böyle şeylerle’ cümlesini duydum.”
- **Görüşme 25-** “Hakimden dosya fotokopisi almak için muvafakat almaya gittiğimizde mesela dakikalarca oturtup sohbet eder. Hakim ve savcılar kalem küçük yer olduğu için onlarla böyle bir ilişkiye giremezler ama avukatlar üzerinden egolarını bu şekilde tatmin ediyorlar... Mesela stajdayken dosyaları almaya kadın stajyerler gönderiliyordu daha çok.”
- **Görüşme 27-** “Gençlik zamanlarında bir bayan olma nedeniyle erkek hakim, savcı veya personelin sizi yok sayma ya da hafife alma eğilimleri oluyor.”

- **Görüşme 40-** *“Bir keresinde avukat topluluğu olarak katıldığımız bir duruşmada hakim soruyu aramızdaki tek erkek olan avukata direkt iletmişti. Bu olay çok aleni bir durum teşkil etmese de bunu hissetmek bile insanı üzmeye yetiyor.”*
- **Görüşme 44-** *“Talebinizde haklılığımızı fazla bilgiye sahip olduğunuzu karşınızdakine hissettirmeniz gerekiyor her seferinde. Hatta bazen bilgi ile karşınızdakini biraz utandırdığımızda işi zorlaştırabiliyorsunuz da.”*
- **Görüşme 53-** *“Yaş aldıkça azalan türden ayrımcılık tabii ki var. Mesleğimizde kadın olmanın getirdiği zorluklar en çok genç kadın iken yaşanır. Zamanla tanınır, bilinir olursunuz ve eskisi kadar zorluk yaşamazsınız. Tutunabilmiş, yer edinebilmiş kadın avukat, bu kişiler nezdinde saygınlık ve hatta korku kaynağı olabilir. Erkek meslektaşlarımızın böyle bir kaygıları olmaz, onlar gerçek bilgi ve deneyimleri ile değerlendirilirler genellikle.”*
- **Görüşme 56-** *“Küçük bir şehirde yaşıyorum ve mesleğimi de burada icra ediyorum. Küçük şehirlerde birlikte aynı ortamda çalıştığımız insanlarla çabuk tanışırsınız. Adli personel genellikle tanınıyor ve tanıyanlar insan ilişkisine göre davranıyor. Kadın olduğum için ayrımcı bir tavırla da karşılaşmadım.”*
- **Görüşme 65-** *“Bir hâkim, kızım diye hitap etmişti ve benim o konularda yeterince bilgili olmayacağım vurgusunu yapmıştı. Yapmak istediği şeyi anladım ve konuya hâkim olduğum konusunda bir izlenim bırakmaya çabalandım.”*
- **Görüşme 105-** *“En küçüğünden örnek vermem gerekirse, bazı hakim ya da savcılar kadın olduğumuz için yüzümüze bakmadan, göz teması kurmadan iletişim kurmaya çalışıyorlar; fakat erkek meslektaşlarımızla doğrudan göz teması kurarak iletişim kuruyorlar. Ya da selam verdiğinde senin selamını almayabiliyorlar; fakat erkek bir avukatın selamını alabiliyorlar. Yine baro odasına ziyarete geldiklerinde özellikle erkek avukatlarla sohbet etmelerini de örnek olarak verebilirim. Böyle davranışlar tabii ki hoş olmuyor, kendimi yokmuşum gibi hissediyorum. Büyük bir hevesle gittiğim duruşmalara ayaklarım geri geri giderek gitmeye başlıyorum”*
- **Görüşme 109-** *“Avukat hanım hep siz kadın avukatlar her şeyi çok mesele yapıyorsunuz” şeklinde tepkileri sırf bir kararı usule uygun yazmadıkları için tepki göstermem sebebiyle aldığım olmuştu. Aslında tamamen hukuki olan bu tepkiyi kadın isyankarlığıyla eşleştirirler. Özellikle karakolda bu çok olur. Başka bir erkek avukatın “Tabii kadın avukatın işi hemen çözümlür bizimki ancak beklesin” şeklindeki serzenişine de tanık olmuştum.”*

- **Görüşme 127-** *“Kadın personeller kadın avukatlara karşı tersler. Burada pozitif ayrımcılık değil, kadın kadının kurdudur durumu oluyor.”*
- **Kadın olmanızdan dolayı hakim-savcı ya da personelin size pozitif ayrımcı (öncelikli, daha olumlu) davrandığını hissettiğiniz/deneyimlediğiniz oldu mu? Olduysa ne düşündünüz/ne hissettiniz/nasıl davrandınız?**
- **Görüşme 2-** *“Bu bazen şöyle olabiliyor sadece: Yeni doğum yapmış meslektaşlarımızın bebeğiyle ilgili emzirme olabilir, bakıcısıyla görüşmesi gerekebilir. Bu her zaman hepimizin destek olduğu bir şey. Ben de yaşadım bu tarz pozitif ayrımcılık. Anca başka bir şekilde bir şey yok.”*
- **Görüşme 5-** *“Kadın avukat olarak ‘Avukat hanım siz durum biz halleder geliriz’ diyenler oluyor sanki sen yapamazsın dermiş gibi ya da ‘sen kalk avukat hanım otursun yorulmuştur’ gibi ya da ‘avukat hanımın dosyasını ilk alacağım o çok beklemesin’ gibi durumlar yaşanabiliyor. Özünde iyi niyet olsa dahi yanlış ama oluyor maalesef. Hakim ve savcılıkta özellikle kadınlar kadınlara karşı oluyor.”*
- **Görüşme 11-** *“... Hakim savcılıkta değil de mahkeme kalemleri ve icra dairelerinde erkek memurların pozitif ayrımcı olduğuna şahit oldum. Pozitif ayrımcılığından rahatsız olduğum kişiye bir daha bir şey yaptırmadım, sormadım bu da çözümlüm oldu...”*
- **Görüşme 18-** *“Yaşamadım ancak düşünüyorum ki pozitif ayrımcılık, kadınların karşısına dikilen görünmez engelleri özel tedbirlerle azaltabilir olmasının yanında zihniyetlerdeki kadın güçsüzlüğünün pekiştirilmesine sebep olduğudur. Ne kadar doğru tartışılır.”*
- **Görüşme 19-** *“Örneğin mübaşir bizi salona alırken daha korumacı yaklaşıyor, sanık yanımızdan geçerken ‘Avukat Hanım dikkat edin, şu tarafa doğru geçin’ gibi şeyler de söyledikleri oluyor. Bu durumlarda bazen bu kadar ince davranmalarına gerek olmadığını söyleyebiliyorum. Örneğin çok avukatlı bir duruşma varsa ve duruşma salonunda sınırlı sayıda oturma yeri varsa mübaşir oturalım diye daha çok kadın avukatları yönlendirmeye çalışıyor. Ben eğer kendimi dinlenmiş hissediyorsam erkek bir meslektaşımı çağırıp yerimi verdiğimde oluyor tabii ki.”*
- **Görüşme 24-** *“Özellikle erkek çalışanlar bakımından kadınlara daha kibar davranıldığını gördüm. Hatta ben stajyerken çoğu erkek meslektaşına göre daha kolay iş yaptırıyorum diyebilirim gerek cezaevinde olsun gerek adliyede olsun, personel açısından durum böyle. Hakimler ise nötr diyebilirim bu konuda... Yani bir kadın güzel olduğu, güzel konuştuğu için ya da güzel giyindiği için böyle bir tavır mantıksız ama benim de işime geliyor diyebilirim.”*

- **Görüşme 25-** “Avukat hanımı yormayalım deniliyor tabii bu pozitif ayrımcılıksa. Bundan da hoşlanmıyorum tabii. Sıra kiminse onun halledilsin.”
- **Görüşme 48-** “Genelde erkek hakim, savcı ve personelin kadınlara karşı daha yardım sever, güler yüzlü, samimi olduklarını gözlemledim. Bence bu durum kadınların naif, kırılğan, yardıma muhtaç gibi görülmesinden dolayı içgüdüsel olarak kadınlara karşı yardım etme, işlerini çözme eğiliminde olduklarını düşünüyorum. Tüm bunlar erkek hakim, savcı ve personelleri iyi hissettiriyor bence.”
- **Görüşme 125-** “Kesinlikle evet. Bu durumun kesinlikle yanlış olduğunu düşünüyorum. Ki bence siz ‘feministlerin’ asıl karşı çıkması gereken durum da bu. Ben kimseden zayıf değilim. Hiç kimsenin yardımına ihtiyacım yok. Böyle durumlarla karşılaşınca oldukça sinirleniyorum. Mesela bir erkek avukatın götürdüğü dosyaya karşı memur ilgisiz davranıp, ‘şuan işim var sonra gel’ deyip görmezden gelebiliyorken bir kadın avukata karşı bu tutum ‘tabi ki avukat hanım, hemen halledelim’ tutumuna dönüşüyor.”

Yukarıdaki soru grubunda, yani avukatlar dışındaki yargı çalışanlarıyla ilgili tutum davranış, onlar tarafından, cinsiyetleri sebebiyle maruz kaldıkları çeşitli ayrımcılık biçimleri yer almıştır. İfade edilen (negatif) ayrımcılık biçimlerinin kadın olduğu için mesleki olarak küçümsemek, sert davranmak, el sıkılmamak, medeni sınırları aşacak şekilde iltifat etmek ya da daha tacizkâr davranma şeklinde belirebildiği söylenmiştir. Pozitif ayrımcılıkla ilgili sorunun cevaplarında ise hamilelik- doğum süreçleriyle ilgili kolaylaştırmalar yanında genel olarak kibar ve nazik davranmak, işleri kolaylaştırmak, öncelik vermek gibi örnekler bulunmaktadır. Kadın avukatların bir kısmının bu pozitif davranışlardan memnun, bazılarının rahatsız olduğu görülmektedir. Pozitif ayrımcılık gibi görünen davranışların küçümsemenin bir biçimi olduğu düşünülen durumlarda özellikle rahatsız olduklarını belirtmişlerdir. Bu noktada, pozitif ayrımcılık olarak değerlendirilen bazı davranışların tacizkâr sınırlarda olması sebebiyle bunun bir cinsel şiddet olarak aslında ayrımcılık/cinsiyet eşitsizliği biçimi olduğu tespitini de yapmak isteriz.

- **Mesleğinizi icra ederken kıyafetinizden dolayı bir sorun yaşadınız mı?**

Bu soruya verilen cevaplarda etek, dekolte ya da başörtüsü sorunlarından söz edilmiştir.

- **Görüşme 4-** “Özellikle adliyede ve haciz yerlerinde çok sorun yaşıyor. Örneğin bir sanayi sitesine gidilen hacizde etek giydiysen sorun yaşayabilirsin. Etekle gittiğinde kendini kötü hissettirirler ve o bakışlardan çok rahatsız olursun. Bu tarz yerlerde üzülerek söylüyorum erkek gibi giyinmen ve öyle davranman gerekiyor. Böyle bir algı var ve bu algının sorununu da biz ka-

dınlar çekiyoruz. Adliyede de özellikle adli personel sorun yaratabilir. Bazı mübaşirler etek giydiğinde çevrende pervane olabiliyor ve bu da insanı tedirgin ediyor. Bu kıyafet konusu maalesef kadınlara büyük sıkıntı yaratıyor.”

- **Görüşme 8-** “Yanılmıyorsam staj sırasındaydı bir savcı; ‘Kızım üşüyorsan camları kapatalım çok açık giyinmişsin” demişti. Çok bozulmuştum. Zaten abartılı giyinen bir kadın değilim. Orda çok utanmıştım.”
- **Görüşme 49-** “Mesleğimin ilk yıllarında adli tatilde (Temmuz-Ağustos aylarında) evrak imzalatmak için yanına girdiğim kadın hakim tişörtümün kollarını çok kısa bularak adliyeye bu şekilde gelemeyeceğim konusunda beni azarlardı ve bir tartışma yaşamıştık.”
- **Görüşme 51-** “Serbest avukatlık yapmaya başladıktan sonra kişisel bir tercih olarak etek giymemeyi seçtim.”
- **Görüşme 148-** “Başörtüsü olduğu için avukatlık mesleğini hakıyla yapamayacağımı düşünen erkek avukatlar var. Hakim savcı fark etmiyor.”
- **Cezaevinde (üst araması- müvekkille görüşme vs.) kadın avukat olarak cinsiyetinizden dolayı maruz kaldığınız bir olumsuz tutum, davranış, muamele oldu mu? Olduysa ne yaptınız?**
- **Görüşme 5-** “Bir keresinde erkek bir görevli tarafından ‘Kadın görevliye ihtiyacınız olacağını bile bile neden bu şekilde geliyorsunuz?’ (bu şekildedeki kast kadın görevlinin eliyle kontrol yapacağı bölgeye metal kapı dedektöründe ötecek tür iç çamaşırı giyilmesidir) gibi bir soru sorulmuştu ki oldukça cinsiyetçi bir davranıştı.”
- **Görüşme 25-** “Bu soruya cevap verene kadar bunun cinsiyetimle ilgili olmadığını düşünüyordum ama şimdi öyle olduğunu düşünüyorum. İki tane erkek müvekkilimle görüşürken müdürün talimatıyla görevli bir erkek tarafından notlarıma el konulmuştu. Görevli de erkek müvekkilim de erkek ben orda kendimi çok sıkışık kalmış hissetmişim. Daha sonra müdüre çok sert bir tavırla gitmişim benimle tokalaşmak istememişti kendi görüşüyle ilgili sanırım. Ben erkek avukat olsaydım benim notlarımı almak için görüşmemi yarıda bölemezdi diye düşünüyorum. Bu olaylardan sonra benimle uzun süre uğraşmıştı bu müdür.”
- **Görüşme 27-** “Sadece bir kez o da bir bayan gardiyanın arama adı altında resmen tacize girecek şekilde yoklamasına denk geldim ve anında diğer gardiyanların duyacağı şekilde ‘yok artık bu resmen tacize giriyor!’ diyerek yüksek sesle söyledim. Görevimi yapıyorum cevabına da bunca yıllık meslek yaşamımda bu şekilde bir görev ifası görmediğimi de belirttim.”

- Kadın hakim-savcılarının toplumsal cinsiyetle ilgili davalarda (kadına şiddet davaları, kadın sanıklı davalar, aile mahkemeleri vs.) daha ilgili- bilgili olduğunu düşünüyor musunuz?
- **Görüşme 2-** “... En basitinden genç ve bekar bir hakime bir çocuğun yıllık masrafının ne kadar olduğunu anlatabilmek öyle zor ki. Anlamıyor yani kati surette. Kadın hakimlerin aile hukuku davalarını çok daha iyi değerlendir-diği kanaatindeyim...”
- **Görüşme 9-** “Kadın hakim daha duyarlı oluyor, daha çok dinliyor, daha sabırlı oluyor, daha çok irdeliyor olayı.”
- **Görüşme 15-** “Özellikle genç kadın hukukçular, cinayet, şiddet haberleri ve toplumsal tepkiyle büyüdüğü ve yetiştikleri için daha donanımlı oldukları- nı hissettiriyorlar.”
- **Görüşme 16-** “Hayır, kesinlikle düşünmüyorum. Hatta bu iş kollarında ça- lışan kadınların erkek egemen zihniyeti derinden savunarak taraflı değeren- dirmeler yaptıklarını düşünüyorum.”
- **Görüşme 19-** “İyi kadın hâkimler, savcılar da gördüm. Ama aynı şekilde ‘Siz de kadınsınız, ben de kadını. Bana kimse sarkıntılık etmiyor’ diyen kadın savcı da gördüm. O yüzden bu işi cinsiyete sıkıştırmak doğru olmayaca- ktır çünkü çok uç örnekleri var. Kadın olmaktan kaynaklı empati kurabi- lecekler olduğu gibi çok acımasız davrananlar, Stockholm sendromu yaşayıp erkeklik tarafında yer alanlar da var.”
- Kadın hakim-savcılarının toplumsal cinsiyetle ilgili davalarda (kadına şiddet davaları, kadın sanıklı davalar, aile mahkemeleri vs.) kadın olduklarından dolayı taraflı/önyargılı görünmemek için duruşmadaki tavırları ya da ka- rarlarında kullandıkları dille ilgili özel bir çaba gösterdiklerini düşünüyor musunuz? Bu yönde bir deneyiminiz/gözleminiz oldu mu?
- **Görüşme 12-** “Evet kesinlikle taraflı veya meslektaşları tarafından feminist olarak adlandırılmamak için özel çaba sarf ettiklerini düşünüyorum. Özel- likle de ataerkil bölgeyi sevdiğileri için bu tip davranışlarda bulduklarını düşünüyorum. Özellikle de giyim noktasında geçtiğimiz aylarda İstanbul’ da bir kadın avukata yönelik olarak biliyorsun ki giyiminden dolayı bir ha- kim tarafından tutanak tutuldu, mübaşire etek boyu ölçtürülmeye çalışıldı. Nitekim kamuda bu derece infial uyandırmasaydı o hakime belki de hiçbir işlem yapılmazdı. Benim görüştüğüm kadın hakim ve savcılardan bu konuda ‘o da öyle giyinmeseymiş’, ‘bak biz dikkat ediyoruz’ şeklinde söylemler du- yuyorum. Aslında öyle söylenmemesi gerekiyor. Bence bir kadının kıyafetine kimsenin karışmaması ve bu konuda fikir yürütülmemesi gerekiyor.”

◦ **Görüşme 16-** “Açıkçası tam olarak durumun ön yargılı gözükmemek için değil kanıksanmış bir davranış metodu olduğunu düşünüyorum. Kişisel bir deneyimim bulunmasa da takip ettiğim davalarda bu şekilde tavrılarla ne yazık ki karşılaştım.”

◦ **Görüşme 125-** “... Kadın bir hakimin olduğu davalarda toplumsal cinsiyet konulu davalarda hep tahmin edilenin çok daha üstünde ağır yaptırımlar uygulanıyor. Ben bu durumu oldukça yanlış buluyorum. Bu tarz hakim- savcılar mağdurun cinsiyetine göre karar vererek hukukun üstünlüğünü zedeliyorlar.”

Aşağıdaki son soru grubu, toplumsal cinsiyet eşitliği mevzuatı, onun uygulanışı ve daha kavramsal bir alana ilişkindir:

• **CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi'nin içeriği hakkında bilginiz var mı, uygulamada bu iki düzenlemeden faydalandığınız oldu mu?**

Bu soruda her iki düzenlemeyi de duymamış olan avukat bulunmamakla birlikte, içerikleri konusunda ilgisi bilgisi ya da uygulama alanı olmadığını söyleyen cevaplar vardır. Bununla birlikte aşağıdaki farklı cevabın konuyla ilgili farklı görüş olarak temsil değeri olduğunu düşünüyoruz.

◦ **Görüşme 2-** “Ama ben bu olayın da çok fazla abartıldığı kanaatindeyim. Çok fazla kadın tarafından bakılıyor olaya. Bir kadın olmama rağmen kadına karşı şiddete tek taraflı yaklaşıldığını düşünüyorum... örneğin kadının her söylediğini doğru kabul edip ona göre bir tutum sergileyebiliyorlar. Bu erkeklere da haksızlık oluyor... Bazen yaşıyoruz. Kadın kendi kendini yaralıyor ama bir darp raporu alıp boşanmada delil olarak kullanmaya kalkıyor ve bunu yaptığını bana da açık açık söylüyor. Yani görüldüğü üzere çok 'sert' buluyorum. Çok tek taraflı bir gözlem ve uygulama olduğu kanaatindeyim.”

• **İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme kararının taraflar, kolluk ya da hakimlerde olumlu ya da olumsuz yansımaları gözlemlediniz mi?**

Bu soru, İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme tarihinden itibaren çalışmamızın ikinci ve üçüncü soru metinlerinde yer almıştır.

◦ **Görüşme 28-** “Erkekler çok çok daha rahatladı 'bana bir şey olmaz' moduna çok girdiler.”

◦ **Görüşme 30-** “Sanki tedbir kararları daha kısa verilmeye başlandı. Normalde 2 ay verilen tedbir kararları 1 aya düştü.”

◦ **Görüşme 33-** “Hakimlerde olumlu ya da olumsuz bir yansıma gözlemlemedim. Kolluk tarafında ise genellemekle birlikte taraflara yapılan müdahalelerin sertleştiği, bir caydırıcılığı olmadığı için yapılan şikayetlerin etkisizleştiği ve bu durumun da güven ortamını kaldırdığı düşüncesindeyim.”

- **Görüşme 39-** *“Taraflar özellikle şiddet uygulayan erkek açısından sanki kadını koruyan bütün hükümler bertaraf edilmişçesine bir bakış açısı, psikoloji oluştu.”*
- **Görüşme 60-** *“Özellikle kadın müvekkillerde ciddi bir endişe meydana geldi. Nitekim İstanbul sözleşmesiyle 6284 sayılı yasa toplum nezdinde çokça karıştırılmaktadır. Kadın müvekkiller koruma kararlarının işlevsiz hale gelip gelmedikleri konusunda kaygı taşımaktadır. Öte yandan kolluk kuvvetleri ve kadının korumasına yönelik birçok kurumda kadının korunmasına yönelik ekstra bir özensizlik gözlemlemekteyiz.”*
- **Görüşme 130-** *“Hâkim ve kollukta böyle bir gözlem yapabileceğim kadar zaman geçtiğini düşünmüyorum. Ama toplumsal olarak gözlemledim. Kırsalda çalışırken sohbet arasında kadının birey olduğunu anlatırken ‘Onun hakkını koruyan İstanbul sözleşmesini sayın cumhurbaşkanımız kaldırdı. O artık bir birey değil.’ cümlesini bu kulaklarım işitti. Siz de bunu gözlemleyebilirsiniz toplumda. Umarım Danıştay savcısının talebi gibi bir karar verilir ve İstanbul sözleşmesi yürürlükte kalmaya devam eder. Çünkü kadın cinayetleri politiktir derken aslında bahsettiğimiz olay budur. Yani erkek egemen bir toplum oluşturursanız o ülkede kadın cinayeti olmaya devam eder. Bugün örnek veriyorum Türkiye’de yüz kişi öldürüldü. Birisi trafikte kavga etti diye öldürüldü. Bir diğeri komşusuyla kavga ettiği için öldürüldü. Lakin kalan doksan sekizi kadın olduğu için taciz edildi, kadın olduğu için gece niye sokakta geziyorsun neden yemek yapmadın bahanesiyle şiddet gördü. Kadın olduğu için o kadar çok mağdur olan insan var ki İstanbul sözleşmesi çok önemlidir.”*
- **Görüşme 155-** *“Çekilme kararından bir hafta sonra idi sanırım. Boşanma davası açmadan evvel müvekkilem karakola 6284 Sayılı Yasa kapsamında uzaklaştırma kararı talep etmek için gitmişti. Biliyorsunuz ki emniyet kuvvetlerine başvuru halinde bu karar acilen veriliyor daha sonra Aile Mahkemesine gönderiliyordu. Ne yazık ki müvekkilem gittiğinde böyle bir karar verilemeyeceği söylenerek yollanmıştır.”*

• **Kendinizi feminist olarak tanımlar mısınız?**

Sorular baştan sona doğru somuttan soyuta, betimselden yoruma gidecek şekilde tasarlanmıştır. Görüşülen avukatlara önce mesleki pratiklerinde cinsiyetli olarak nerede ve ne şekilde yer aldıklarını fark ettirecek- hatırlatacak bir şema hazırlanmaya çalışılmış, sonra bu şema içinde beliren kavramsal dünyada yorum yapmaları sağlanmak istenmiştir. Bu akış içinde belki de daha önce cinsiyetleriyle ilişkilendirmedikleri bazı pratikler üzerinde düşünme ve bunlar hakkında konuş-

ma imkanı bulmuş olan kadın avukatlara yöneltilen bu soruya, çalışma açısından dikkat çekici cevaplar verilmiştir. Bu soruya gelene kadar pek çok pratikte cinsiyet eşitsizliği tespiti yapmış, cinsiyet eşitsizliği deneyimlemiş ya da gözlemlemiş olduğunu ifade eden çoğunluktaki cevaplara rağmen, görüşülen avukatlar bu tutumu “feminist” olarak adlandırmakta ciddi bir tereddüt ortaya koymuştur. Görüşülen 164 avukattan 68’i feminist olduğunu söylemiştir, doğrudan “hayır diyenlerin yanında farklı cevaplar da bulunmaktadır. Feminist olmadığını söyleyen avukatların bir kısmı feminizm hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığı ya da “feminist gibi yaşayamadığı için” hayır dediklerini ifade etmişlerdir. Aşağıdaki örnek cevaplarda da görüleceği üzere “hayır” cevaplarından bir kısmı da aslında feministliğe tekabül etmektedir ama bu içeriğe rağmen “feminist” olarak adlandırılmaya mesafeli durmaktadırlar. Bunun dışında feminist olmama durumlarını “katı değilim”, “sanırım evet”, “tanımlayamıyorum”, “tereddütlüyüm”, “sanırım”, “emin değilim”, “kısmen”, “biraz”, “eşitlikçiyim”, “tam değil”, “vâkıf değilim”, “zaman zaman”, “insan hakları savunucusuyum”, “hümanistim” şeklinde ifade eden çok sayıda cevap olmuştur.

- **Görüşme 4-** *“Katı bir feminist değilim. Aslında ben biraz kalıplara karşı birisiyim. Ancak kadınların özgür olmasını seviyorum ve cinsiyet eşitsizliğinin ortadan kalkmasını istiyorum. (gülüyor) bu da galiba feministlik oluyor.”*
- **Görüşme 5-** *“Ben aslında kendimi feminist olarak tanımlamıyorum ama dışarıdan insanlar ben kadınlar isterlerse yapabilir dediğimde “ayy şu dile bak bu tam feminist bak nasıl kadınları savunuyor” diye üstüme bir etiket yapıştırıldı ben de dedim ki madem öyle feministim. Kadın haklarını savunduğum için sizler bu şekilde bir etiketlendirme yapacaksanız tamam dedim ancak dediğim gibi ben kendimi feminist olarak tanımlamıyorum... feministlik de hümanistliğin içinde vardır ki ben de kendimi daha geniş anlamda hümanist olarak tanımlıyorum.”*
- **Görüşme 7-** *“Ciddi anlamda feminist olan tanıdıklarım var. Eğer kendime feminist dersem onlara haksızlık etmiş olurum. Kendimi kadın hakları savunucusu olarak tanımlayabilirim fakat tam anlamıyla bir feminist olarak tanımlayamam çünkü belki yetiştirilme şartlarımızdan kaynaklı olabilir. Toplumun, patriarkal düzenin bize vermiş olduğu bir takım alışkanlıklar var. Bazen fark ediyorum, sırf konuşma tarzı bile hâlâ o eril dilden kurtulmamış.”*
- **Görüşme 8-** *“Kendimi feminist olarak tanımlamıyorum. Feministten kasıt erkek düşmanıysa veya erkeklere gerek yok gibi bir anlayışsa kesinlikle feministim diyemem. Erkekler fiziksel anlamda daha güçlü. Fakat kadın ve erkeğin haklar bakımından eşit olması gerektiğini savunuyorum.”*

- **Görüşme 9-** “Yani feminist terimine nasıl tanım yaptığımıza göre değişir. Eğer Türk toplumundaki genel algı gibi kadın haklarının koruyucusu olarak algılıyorsak tamamen feministim diyemem. Ama tabii ki hemcinslerimin de üstün tutulmasını isterim. Ama eşitliğe daha çok inanıyorum sanırım. Yani kadın haklarının üstünlüğünden ziyade kadın ve erkek haklarının eşit olduğuna ama bu eşitliğin sağlanırken kadının ve erkeğin fizyolojik durumları, toplumdaki durumları, yaşayabileceği olumsuz riskler göz önünde bulundurulurken bu eşitliğin sağlanmasından yanayım. Yani kadının fiziksel durumu, gücü belli bunu aşamaz bir kadın, ortalaması var bunun. Bu ortalamayı aşamayacağı için kadınlara bu yönden pozitif ayrımcılık yapılmasını tabii ki de doğru buluyorum. Bu anlamda feminist olduğumu düşünüyorum.”
- **Görüşme 15-** “Ben kendimi bir kalıp olarak tanımlamaktan çekiniyorum. Kendimi feminist olarak tanımlayamıyorum. Kadın haklarını kesinlikle savunuyorum, toplumun kalıplaştırmasını doğru bulmuyorum ama feminizm konusunda ben biraz aykırı düşünüyorum. Feminizm bir yönüyle şiddeti çağrıştırıyor bana. Çünkü böyle masum bir kavramı şeytanlaştırmaya çalışanlar da oldu. Bana göre kadın ezilen bir varlık değil; kadın, haklarını almaya çalışan bir varlıktır. Bana feminist Seda denmesin, kadın haklarını savunan Seda densin isterim.”
- **Görüşme 21-** “Kendimi ben feminist olarak tanımlayamam herhalde. Tanımlamış olsam akşam hani eve gidip yemek yapayım derdine düşmem. Tabii ki yani her alanda kadın erkek eşitliğini, pozitif ayrımcılığı, dezavantajlı grupların önceliğini savunuyorum tabii ki. Hani bunun için elimden geldiğince mücadele ediyorum ama kendi pratik hayatımda hani uyguladığım işlemlerle feministim demek çelişir birbiriyle. Feminizm biraz daha işin ideolojik boyutu. Yani o boyutta kendimi feminist olarak göremem kendim uygulamadığım için. Ben kendime feminist desem feministlere haksızlık olur.”
- **Görüşme 40-** “Kendimi feminist olarak tanımlayamam çünkü bu konuda benden çok daha fazla emek veren insanlarla kendimi aynı kefeye koymam onlara haksızlık olur ancak görüş bağlamında feministim diyebilirim.”
- **Görüşme 43-** “Toplumda zaman zaman yanlış bir şekilde erkek düşmanlığı olarak da yorumlanabilen feminizm, aslında cinsiyet gözetmeksizin tüm bireylerin eşit olmasıdır. Bu düşünce kadının toplum içindeki yerinin iyileştirmesi amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu düşünce yapısının amacı, cinsiyet eşitsizliğini ortadan kaldırmaktır. Dolayısıyla bu anlayış altında, feminizmin bu şekilde tanımlandığının kabulü halinde kendimi feminist olarak tanımlayabilirim.”

- **Görüşme 44-** “Ülkede kadınlar erkek kadar değer görmediği sürece sanırım feministim.”
- **Görüşme 48-** “Kendimi feminist olarak tanımlamıyorum. Toplumumuzda da bence feminist kavramı yanlış tanımlanıyor. Erkek düşmanı, karşıtı olarak tanımlanmaktadır. Kadın olmayı kullanarak erkekleri mağdur eden kadınların olduğu bir gerçekliğin olduğunu düşünüyor ve erkek haklarının da korunması gerektiğini düşünüyorum. Bu nedenle zaman zaman feminist miyim sorusuna vereceğim cevap netlik kazanmıyor. Hatta korunan şey insan hakları olduğu için kadın erkek olarak ayrılmasını doğru bulmuyorum.”
- **Görüşme 50-** “Elbette kadınların haklarını tanıyarak bu hakların korunması amacıyla eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasına ihtiyaç olduğunu ve bunun için hukuksal, toplumsal, ekonomik adımların atılması gerektiğine inanıyor ve bunu savunuyorum. Ancak, ben kendimi bir ‘-ist’ olarak tanımlayacak olsam, ‘hümanist’ ifadesini tercih ederim. Feminizmde dahi, ‘bir taraftan yana olma’ durumunun varlığı, benim açımdan kabul edilebilir değil.”
- **Görüşme 53-** “Elbette. Bu kavramın yaygın olarak erkek düşmanlığı olarak değerlendirildiği dönemlerde dahi kendimi feminist olarak tanımlamışumdur. Toplumsal eşitsizliğin giderilmesi ve kadının toplum içindeki yerinin iyileştirilmesi, maruz kaldığı sorunların giderilebilmesi için bilinçli kız ve erkek çocuklarının yetiştirilmesi konularında hassasiyetim in ön planda olduğunu söyleyebilirim.”
- **Görüşme 54-** “Hayır, öyle bir tanımlamam yoktur. Ben kadının da erkeğin de eşit olduğunu düşünürüm. Kadının erkekten veyahut erkeğin kadından üstün olduğunu düşünmem. İnsanı insan olduğu için eşit olduğunu düşünürüm. Bu yüzden feministlik konusunda kendimi feminist olarak tanımlamam. Ben daha çok hümanist bir insanım.”
- **Görüşme 56-** “Evet fakat feminist olmaya ihtiyacımız olmamasını çok isterdim.”
- **Görüşme 57-** “Hayır. Hukukun eşitlik ilkesine inanırım. Yani zayıf olanının güçlü olana denk getirilmesi ve herkesin kanunda eşit haklara sahip olmasına inanırım.”
- **Görüşme 77-** “Hayır. Ben kadın ve erkeğin eşitliğine inanırım. Erkeğin de şiddete maruz kalması durumunda kadının uğradığı şiddette duyduğum tepkiyi veririm. Tutum ve davranışlarımda gözettiğim kriter adil olmaktır.”
- **Görüşme 78-** “Kadın haklarını ve kadının toplumdaki yerini her zaman savunurum ama feminist diyemem kendime.”

- **Görüşme 79-** “Hayır tanımlamam. Feminizme inanmıyorum. Bence herkes kadın-erkek olduğu için değil insan olduğu için eşit sayılmalıdır.”
- **Görüşme 105-** “Feminist değilim; fakat eğer bariz bir cinsiyet eşitsizliği söz konusuysa ve ben buna şahit oluyorsam bu durumda tepkimi gösteririm ve gerekeni yaparım.”
- **Görüşme 122-** “Günümüzde feminizm kadınların erkekler ile eşit haklara sahip olduğunun savunuculuğundan çok kadın üstünlüğü savunuculuğuna doğru kaymış durumda. Ancak kadın - erkek fark etmeksizin hepimizin önce insan olduğunu unutmamalıyız.”
- **Görüşme 129-** “Hayır. Feminizm, bir kişinin hakkının başladığı yerde öbürünün bittiğini savunup hak limiti kuramıyor. Pozitif ayrımcılık ataerkil toplumlarda uygulanmalı ancak zaten uygulanmayan yerlerde feminizmin fonksiyonu nedir? Bir de benim gördüğüm feministlerin feminizmle alakası yok. Mesela savundukları cinsel özgürlük bireyseldir, bunu topluma dayata-mazsın.”
- **Görüşme 138-** “Feminizm üzerine çok çok okuduğumu iddia edemem fakat bence kendimi bildim bileli feministmişim çünkü kendimi bildim bileli ka-dına yönelik bu ayrımcılığı çok sorgular ve bundan çok rahatsız olurdum hatta küçük bir kızken bile. Feminizm üzerine çok okumalar gerçekleştirme fırsatım olmadı ama birçok kadının içinde feminizmin var olduğuna ben çok inanıyorum. Aslına kadınlara karşı yapılan bütün bu haksızlıklara karşı hepimizin içinde bir tepki var. Kendimi feminist olarak tanımlayabilirim bence.”
- **“Feminist hukuk metodolojisi” kavramını duydunuz mu? Yargılamanın herhangi bir aşamasında kadın deneyimlerine özgü bir yaklaşım gerektiğini düşündüğünüz ve bunun eksikliğini hissettiğiniz oldu mu?**

Bu sorunun cevaplarında “evet” ya da “hayır” dışında da feminist olup olmadıklarına dair yukarıdaki soruya benzer örnekler bulunmaktadır. Aşağıda yer alan cevapların bir kısmında içerik olarak feminist hukuk metodolojisinin temel yaklaşımlarından bahsedilmiş olduğu halde kavramın hiç duyulmadığı söylenmiştir.

- **Görüşme 2-** “Hayır. Mantıklı da bulmuyorum böyle bir şeyi. Kadın-erkek ayrımından ziyade insani değerler neyse biz ona göre değerlendirme yap-malıyız yoksa biz feminist bakış açısı benimserseniz erkekler de ona göre bir tutum sergileyip kendilerini savunacaklardır, dolayısıyla bu böyle çatışma halini alıp aşılabilir bir hal olacaktır.”
- **Görüşme 4-** “Bu kavramı duymadım. Bu konuda çok fazla bilgi sahibi değilim. Yargılama aşamasında da kadın deneyimlerine özgü yaklaşımın olması

gerektiğini düşünüyorum ve bu bence eksiklik. Çünkü biz kadınların yaşadıkları bazen uygulamadakilerden çok farklı olabiliyor. Yani yaradılışımızdaki bu detaylıktan kaynaklı yaşanan olay bazen yaşanan hiçbir somut olaya benzemiyor ve uygulamada sorun yaşıyor bence. Bunu çözmek için de empati yapmak ve kadına özgü yaklaşım gerekiyor.”

- **Görüşme 16-** “Hayır, bu metodolojiden haberim yok. Ancak elbette bilimsel yaklaşımların dışında bireysel olarak, hukuk sistemimizin tamamen erkek egemen bir zihniyetle yaratıldığının ve bunun kadınların yaşamlarını tanımlamadığının farkındayım. Bu durumun biran önce çözülmesi gerektiğini düşünüyorum.”
- **Görüşme 18-** “Kırılgan gruplar içinde yer alan kadın hukuk karşısında çoğu zaman dezavantajlı konumdadırlar. Bu noktada, hukuk güvenliği ile ilgili yaşanan problemleri göz ardı edemeyiz. Hukuk güvenliğini de doğru metotların uygulanmasıyla sağlayabiliriz ve bu doğrultuda da karşımıza feminist bir perspektiften bakmamızı sağlayacak olan feminist metodoloji çıkar, iyi ki de çıkar.”
- **Görüşme 45-** “Evet duydum ve eksikliğini hissettiğim bir cinsel saldırı dosyasına izleyici olarak katılmışım; duruşma sırasında cinsel saldırıya uğrayan kadına rızasının olup olmadığı soruldu ve rızası yoksa neden sanığı daha şiddetli bir şekilde savuşturmadığı üzerinde duruldu. Maruz kaldığı tecavüz anında korkudan donma tepkisi gösteren kadına yöneltilen soruları duyduğumda yargılamalar esnasında kadın deneyimlerine özgü yaklaşımın ne kadar eksik kaldığını ve bu durumun yapılan yargılamalar sonunda ne kadar çok kadının mağduriyetine sebebiyet verdiğini fark ettim.”

Görüşme 122- “Hiç duymamışım. Yargılama sırasında böyle bir yaklaşım olması gerektiğini de düşünmüyorum. Biz kadınlar eşitliği savunurken böyle bir ayırım yapılmasını da mantıklı bulmuyorum.”

- **6284 sayılı Kanun’un kadına şiddeti önlemede ve toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamada olumlu bir etkisi olduğunu düşünüyor musunuz?**

Bu soruya verilen hemen hemen bütün cevaplar Kanun’un ya da uygulamasının yetersiz, sorunlu olduğuna dair olmuştur. “Evet” cevaplarının peşinden gelen “ama” ya da “hayır” cevabının gerekçesi olarak getirilen açıklama örnekleri aşağıdadır:

- **Görüşme 2-** “Evet, kesinlikle olumlu bir etkisi olduğunu düşünüyorum. Özellikle uzaklaştırma kararı. Erkek bu süreçte bazı durumların farkına varıyor, aksi tutumda neler başına gelecek veya böyle devam ederse kaybedeceklerini görebiliyor. Bazıları gerçekten durumun farkına varıp ılımlı ve

pişman bir tutum sergileyebiliyor. Çünkü çocukla da görüşemiyor. O büyük bir detay olabiliyor. Ama haksız halde sadece kadın beyanıyla verilen bir karar da kötü sonuçlara yol açabiliyor ve ortada 'gerçek' manada bir şey yokken boşanmaya gidebiliyor. Bu kanunun denetim mekanizmasına çok az bir süzgeç gerektiği düşüncesindeyim."

- **Görüşme 12-** *"Yine bu ihlallere kolluk ve savcının tepkisi çok farklı oluyor. Şunu da söyleyeyim. Aile içi şiddet bürosunda staj yaparken bir kadın savcımız vardı ve bana 'şiddet gören bir kadın görsen ilk yapacağın şey ne olurdu?' demişti. Ben de koruma kararı çıkarttırırım demiştim. Bana bunun çok yanlış olduğunu söylemişti ve bu insanların nasıl barışacaklarını sormuştu. Bende aile bütünlüğü bir kadının yaşamından daha önemli değil benim için demiştim. Özellikle de aile mahkemelerinde boşanma davası açmadan önce mutlaka uzaklaştırma kararı talep ediyoruz. Talep etmemizin temel nedeni de o kadının şiddete uygulama ihtimalini göze almak istemiyorsunuz."*
- **Görüşme 125-** *"Aslında olumlu bir başlangıç yapılmıştı fakat bu kanun istismara o kadar açık bir kanun ki artık kötüye kullanılmaya başlandı. Beyan esas alınarak adama uzaklaştırma kararı çıkartılıyor. Yalnızca bir yalan beyan yüzünden mağdur edilen kaç tane müvekkilim var. Bence hukukumuzun şuan en büyük eksiklerinden biri bu kanunda yer alan açıklar. Bir an önce bu konuyla ilgili düzenleme yapılması gerekiyor."*
- **İyi/başarılı bir avukat olmak için "erkek gibi" olmanız gerektiğini hissettiğiniz, bunu düşündüğünüz ve uyguladığınız oldu mu? Olduysa bu duygu, düşünce ve deneyimizi anlatır mısınız?**

Yukarıda sıralanmış olan soru silsilesinden sonunda biraz da spekülatif olarak nitelendirilebilecek bu sorunun cevapları da toplumsal cinsiyet rollerine dair son bir kişisel değerlendirmeyi amaçlamıştır:

- **Görüşme 2-** *"Şimdi erkek gibi derken, ne anlatmak istediği tabii önemli. Yani daha cesur, kendinden emin, bildiğimiz veya genel geçer kadın davranışı gibi lanse edilen şeyler kast ediliyorsa benim zaten kişisel özelliğim gereği bu karaktere sahibim. Baskın bir karakterim... Buradaki 'erkek gibi' tavrı, kendinden emin, sert, durdurabilecek şekilde davranmaksa evet ben böyle çalışıyorum. 'Kadın gibi' çok naif, çıtkırıldım vs. gibi davranışlarla yürütülebilecek bir iş değil bu. Yoksa suistimal edilebilir."*
- **Görüşme 4-** *"Stajdayken haciz mahalline gittiğimde erkek gibi davranmak zorundaydım. Erkek gibi konuşmam gerekiyordu. Daha neşeli ya da kendim gibi davranmam da istenmezdi zaten. Çünkü öyle bir toplum yapısı ve algı var. Yanıma bir erkek avukat gönderirlerdi mesela, ben orada problem*

yaşamayım diye. Bir durum olduğunda beni korusun diye. Bu çok kötü bir durum. Dediğim gibi yalnız avukatlıkta değil eve giderken bile ya kimseyle muhatap olmadan, sert bir üslupla ve hızlı adımlarla gitmen gerekir ya da telefonda eşinle ya da babanla konuşuyor gibi yaparsın. Bu hayatın her alanında kadınlar için söz konusu olan bir durum maalesef.”

- **Görüşme 5-** “... Sert davranmam erkek gibi olmak açısından yaptığım bir şey değil. Her samimi tavır bazı insanlarda cinsel bir istek ve dürtü olarak karşılık bulabiliyor... Samimiyeti de “kadın gibi” olmamak için değil tam dersine işteki profesyonelliğimi kaybetmemek için tercih etmiyorum...”
- **Görüşme 8-** “Sadece bazen erkek olsaydım daha kolay olacağı fikrine kapılıyorum”
- **Görüşme 9-** “Bugün kuzenim, müvekkillerimin yanında çok despot, sert konuştuğumu söyledi. Herhalde bir süre sonra ona yöneliyorsun. Çünkü karışındaki insanın durumu, hali, tavrı biraz onu gerektiriyor. Herhalde bunu hissediyorum ki buna yöneliyorum.”
- **Görüşme 19-** “Bunun için maskülen olmama, tehditkâr konuşmama gerek olmadığını düşünüyorum. Onlar çünkü erkeklige özgü toplumsal cinsiyet davranışları. Bazen sesim yükseliyor ama bu erkeklere benzeyerek değil, kadın olarak da sinirlenebiliyorum. Kadın olarak da tehditkâr olabiliyorum. Kadın olarak da duygularımı ifade ederken sertleşebiliyorum.”
- **Görüşme 24-** “Mesleğin başlarında evet daha sert olmalıyım, yerine göre bağırtı ve çağırtı yapabilen biri olmalıyım, kaba olmalıyım gibi düşüneceğim olmuştum ama sonradan bunun mantıksız olduğunu düşündüm. Ağırlığını korumanın tek yöntemi kendi doğanın dışına çıkıp erkeksi davranmak değil bence.”
- **Görüşme 33-** “Bazen bilginin yeterli olmadığını, daha kaba, daha sert, daha yüksek sesli olma ihtiyacı hissediyorum. Eğer bu saydıklarım ve bunun gibi özellikler erkek özellikleri ise “erkek gibi” olmak gerekebilir.”
- **Görüşme 69-** “Ben özellikle erkek gibi davranmıyorum, kadın gibi davranıyorum. Kadın gibi davranmak derken, kadın gibi olmayı da sınırlara, kaplara sokmamak lazım. Toplumun bize yüklediği rollerden bahsetmiyorum. Kendinizi erkek gibi olmaya zorlamamak, yani neyseniz o şekilde olmak olarak işinizi yapmak... feministlerin de genellikle bakımsız, çoğunlukla erkekleşmiş kişiler olduğuna yönelik bir önyargı var. Katiyen öyle düşünmüyorum. Son derece süslü püslü bir feminist de olabilirsiniz. Nasıl bir insan olmak istiyorsanız o şekilde olarak, yaptığımız işte başarılı olabilirsiniz.”

- **Görüşme 105-** “Erkek gibi olmam gerektiğini hiç hissetmedim; fakat ‘erkek olsaydım bunu bana söyleyemezdi, yapamazdı’ dediğim çok oldu. Erkek gibi davrandığım da oldu. Sert bakışlar, sert konuşma şekli vb. buna örnek olarak verilebilir.”
- **Görüşme 115-** “Evet, bunu gündelik iş akışı içinde zaman zaman hissediyorum. Erkek meslektaşlarımın kurdukları otoriteyi devam ettirmek adına uyguladıkları eril davranış kalıpları karşısında varlığımı devam ettirebilmek için daha atak ve rekabetçi olmam gerektiğini düşünerek bunu uygulamaya döktüğüm zamanlar oldu. Bu nedenle mesleki yaşamımı sürdürebilmek için kişiliğimi yeniden şekillendirmem gerektiğini düşünüyorum.”
- **Görüşme 127-** “Benim hiç olmadı ama hep söylenen budur. ‘Bizim bir avukat var, boyu 1.55 ama çaktı mı oturtur, vurdu mu lafı erkek gibidir’ gibi laflarla başarıyı erkeklik ile ölçüyorlar. Ben öyle olduğumu düşünmüyorum”
- **Görüşme 139-** “İyi ve başarılıdan ziyade çıktığım hacizlerde kendimi güvende hissetmek için daha maskülen tavır sergilediğim ve erkeksi giyindiğim oluyor.”
- **Görüşme 155-** “Hiç bir zaman ‘erkek gibi’ olmak için çaba göstermedim. Ama erkeğin tekeline mal edilen yığıtlık, korkusuzluk gibi duygularınızı yansıttığınızda maalesef ‘erkek gibi’ sıfatı ile takdir ediliyoruz.”
- **Görüşme 158-** “İtiraf etmeliyim ki oldu. İnsanımız tatlı dilden anlamıyor çünkü. Yapım gereği daha sakin ve tatlı dille konuşurum. Bunun kimi zaman suüstümale açık olduğunu fark ettim. Özellikle erkek avukatlar da öyle olan kadın avukatların başarılı olduğunu dile getiriyor. Çok bilgili, işine hâkim diye övmek yerine, ‘erkek gibi, herkesi azarlar’ şeklinde duyularım oldu bazularından.”
- **Ekleme ya da paylaşmak istediğiniz başka bir fikir, duygu, deneyim var mıdır?**
- **Görüşme 45-** “Soruların birçoğu daha önce kendime hiç yöneltmediğim ve belki de farkında bile olmadan yaşadığım durumlardı o nedenle bu anketi cevaplarırken birçok konuda kendimle ve hissettiklerimle ilgili farkındalığım arttı. Bu nedenle soruların da bana gerçekten çok iyi geldiğini eklemeyim.”
- **Görüşme 109-** “Şu an anlatırken bu röportaj sayesinde ben de meslekte ne kadar sorun yaşadığımı anlayabildim bunu gösterdiğiniz için teşekkür ederim.”
- **Görüşme 139-** “Kendi adıma bu konuda bilinçli olduğumu düşünmekteyken yöneltilen sorular neticesinde ben de eksiklerim olduğunun farkına vardım.”

SONUÇ

Hukuk kliniği uygulamaları, öğrencinin seçilen sürece fiilen dahil olmasını, öğretim elemanı ile birebir iletişim ve etkileşim içinde olmasını, dolayısıyla çalışma grubu ya da sınıf mevcudu bakımından az sayıda öğrenciyi gerektirmektedir. Hukuk fakültelerinin öğrenci sayısının çokluğu ve bu tip bir alternatif eğitim yönteminin öğrenciler tarafından çok talep görmesi ise çeşitli derslerin önden alınması ve belli bir notla başarılması şartı ya da mülakat gibi seçme yöntemlerini zorunlu kılabilir. Yine de öğrenci sayısının fazla ve klinik hukuk eğitimini yürütecek öğretim elemanı sayısının az olması bir handikap olmayı sürdürmektedir.²¹ Çalışmamızda ortaya koyduğumuz görüşmeler, bu bağlamda çok sayıda öğrencinin dahlini sağlamaya uygun bir çıktı sağlamıştır.

“Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk” temalı hukuk kliniği kapsamında dönem boyu yapılan çalışmalar, öğrencilerin mevzuatta ve hukuk uygulamalarında toplumsal cinsiyet eşitsizliği nasıl teşhis edilir ve bunları ortadan kaldırmak için ne yapılabilir sorularına cevap aramalarını sağlamıştır. Bu yönde bir bakış açısının ya da bilginin izinin “sahada” bulunan kadın avukatlarla yapılan görüşmelerde bulunup bulunamayacağından hareketle yapılan görüşmeler, klinik öğrencilerini ilgi çekici sonuç cümlelerine ulaştırmıştır:

- Görüşülen kadın avukatlar avukatlık pratiklerinde cinsiyetlerinden kaynaklanan ya da cinsiyetleriyle ilişkili eşitsizlikler, buna bağlı zorluklar yaşadıklarını söylemektedirler.
- Bu eşitsizlik ya da zorluk pratiklerini fiilen kendileri yaşamamış olsalar bile bunların var olduğunu duymuş, görmüş oldukları için bilmekte ya da var olabileceğini öngörmektedirler.
- Görüşülen kadın avukatların bir kısmı, deneyimledikleri bazı pratiklerin cinsiyet eşitsizliği olduğu ya da bundan kaynaklandığıyla röportaj sırasında yüzleştirdiğini ifade etmiştir.
- Görüşülen kadın avukatlar, özgüven ve mücadeleçilik özelliklerine sahiptirler.
- Görüşülen kadın avukatların yarısından fazlası kendisini feminist diye tanımlamamaktadır. Bir kısmı da bu konuda çekingen ve çekimseldir.
- Görüşülen avukatların bazılarının toplumsal cinsiyet eşitsizliğiyle ilgili rahatsızlıklarını dile getirirken dahi bu eşitsizliği kadınlar aleyhine yeniden üreten “hanım” ya da “bayan” ifadelerini kullanmış olmaları dikkate değerdir.

²¹ TÜRKMEN, Köksal, *Hukuk Eğitiminde Yeni Bir Model Olan Klinik Hukuk Eğitimine İlişkin Öğretim Elemanlarının Görüşleri*, basılmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 42, 45.

- Görüşülen kadın avukatlar toplumsal cinsiyet eşitsizliğine ilişkin davalar konusunda hassas olduklarını ve konuyla ilgilendiklerini söylemektedirler.

Hak savunuculuğunda, savunuculuğu yapanın sıfatından ya da unvanından önce, yaptığı işin maddi içeriği ve eylemin kendisinin geldiği, savunucunun kendisine feminist de(n)mesinin bir önemi olmadığı düşünülebilir. Ancak bizce kavramın içeriğinin doğru şekilde anlatılması, öğretilmesi, potansiyel olarak toplumsal cinsiyet eşitsizliğine karşı olan ve fiilen de savunuculuk yapan avukatların, “feministlik” terimine karşı tepkileri sebebiyle bundan geri duruyor oldukları ihtimali de gözden kaçırılmamalıdır. Aynı bağlamda, toplumsal cinsiyet eşitsizliğini mesleki olarak deneyimledikleri ya da bu eşitsizliğin maddi hukuk veya usulî süreçlerde mevcut olduğunu söyledikleri halde, konuyla ilgili, konuya özgü, teknik bir çözüm arayışında olmadıkları görülmektedir. Oysa genel bir “eşitsizliğe karşı olma” ya da “eşitlik özlemi” söylemi toplumsal cinsiyet eşitsizliği içeren davalarda çözüm sağlamamaktadır. Öznesinin “erkek birey” olduğu, adaletsizliği yapısal olan hukuk dünyasında toplumsal cinsiyet eşitliği amaçlayan avukatın, eşitsizliği yaratan enstrümanlar yerine- ya da en azından onlar yanında kullanması gereken özel bir yaklaşım, dil ve bilgi dağarcığı bulunmaktadır.²² Bu yaklaşımın ve dağarcığın avukatlık pratiğinde kullanılmasının yolunu feminist hukuk metodolojisi açmaktadır. Buna göre tarafsız ve objektif görünen kurallar ve pratiklerin kadın bakış açısından eşitsizlik ürettiklerinden hareketle, “kadın soruları sorma”, “bilinç yükseltme” ve “feminist pratik usullama” yöntemleri kullanılarak hukukun eril dili yeni bir gerçekliğe tercüme edilebilecektir. Bu metodolojiyi öğrenip kullanmak feminist avukatlık/hukuki feminizm ile mümkündür.²³ Görüşme cevaplarından, avukatların toplumsal cinsiyet eşitliğiyle ilgili kişisel ilgi ve merakları doğrultusunda yaptıkları okumalar dışında, lisans dönemlerinde ya da meslek içi eğitim şeklinde sistematik bir bilgi edinmedikleri görülmektedir. Yaptığımız çalışma bu boşluğu ve gereksinimi ortaya koymuştur düşüncesindeyiz.

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinde gerçekleştirilen hukuk kliniği uygulamalarında öğrencilerin yaptığı birebir görüşmelerle elde edilen bu sonuçlar, ve bizzat sürecin kendisi, klinik eğitiminin öğrenci kazanımı bakımından işlevini yerine getirdiğini göstermektedir. Aşağıda görüşmelerden sonra öğrencilerin yaptıkları öz değerlendirmelerden örnekler bulunmaktadır:

²² UYGUR, Gülriz, *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Hukuk Adaletsizdir*, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Temmuz 2015, s. 121-132.

²³ AĞAOĞLU CANAY, Hatike Dilara/ŞAHİN ÜNVER, Fatma Süzgül, *Feminist Hukuk Metodolojisi ve Feminist Avukatlık*, Kadın Yazıları (ed.) Türkan YALÇIN, Savaş Yay., Ankara, 2020, s. 97-108.

- **Görüşme 4-** “Yaptığım bu röportaj sonucunda kadın avukatın çoğu olaya feminist bakış açısıyla yaklaştığını ve cinsiyet ayrımcılığından rahatsız olduğunu gördüm. Ancak feministlik kavramını duyduğunda kendini tam olarak feminist olarak tanımlayamaması veya tanımlarken tereddüt etmesi feministlik kavramının tam anlaşılabilmesi ve toplumda bu kavramla ilgili yanlış düşünüldüğü sonucunu doğurdu.”
- **Görüşme 5-** “Bunların her biri bana mesleki tecrübe paylaşımı olarak çok yararlıydı. Röportaj sonrasında kendisi için de çok yararlı olduğunu belirtmesi mutluluk vericiydi.”
- **Görüşme 7-** “Röportaj esnasında acaba farklı bir ülkede mi yaşıyoruz his-sine kapıldım. Toplumsal cinsiyet bazında, ülkede neler olup bittiğiyle pek ilgilenmeyen... bir plaza avukatı profili gördüm ve bu beni çok üzdü.”
- **Görüşme 8-** “Verdiği cevaplar doğrultusunda feminist olduğunu düşünmem ama kendinizi feminist olarak tanımlar mısınız? Sorusunda verdiği hayır cevabı oldu... Ve bu soruda yaptığı mimik de cevabını keskinleştirdi. Bunun nedenini sorduğumda verdiği cevaptan feminizmin anlamının toplumda yanlış bilindiği sonucuna ulaştım... Ceza avukatı olup ne yapacaksın çok tehlikeli, savcı olacaksın da ne olacak gecenin üçünde bir telefon alacaksın hop ceset inceleyeceksin, miden kaldırmaz hem kocan seni o saatte yalnız gönderir mi bak adamı da yıkusundan ettin, ona da yazık. En iyisi akademisyenlik kızım, okulda kal sen, maaşı da iyi saati de belli... Çevre kadının hayatını bu kadar etkilememeli, kadının hayatında bu kadar fazla söz sahibi olmamalı. Üşüdüysen camı kapatalım açık giyinmişsin diyen savcıya orada biri cevap verseydi böyle bir şey söylememesi gerektiğini anlardı belki. Ve böyle bir durumda utananın, çevreye uyum sağlayanın kadın olması ne kadar acı...”
- **Görüşme 10-** “Daha önceden toplumsal cinsiyet konusu üzerine okuma yapmamış bir avukatın önüne gelen ya da kamusal davalar aracılığıyla gözlemlediği davalarda sorunun temelinin cinsiyet rolleri değil de tamamen olay odaklı olduğunu düşündüklerini düşünüyorum.”

Bununla birlikte bizce bu çalışma, kliniğin diğer amacı ve işlevi olan toplumsal faydayı da, meslek için eğitimler ya da staj eğitimlerinin bu görüşmelerde işaret edilmiş konuların dikkate alınarak içeriklendirilmesi için yol gösterici olarak yerine getirmiştir. Ayrıca klinik öğrencileriyle tasarlanmış olan görüşme sorularının sosyolojik veri analizine konu edilecek şekilde formüle edilmesi, nitel ve nitel metodlarla periyodik olarak takip edilmesinin de gerekli ve önemli olduğunu göstermiştir.

SORULAR

- 1- Hangi üniversiteden hangi yıl mezun oldunuz?
- 2- Kaç yıldır avukatlık yapıyorsunuz?
- 3- Çalışma şekliniz? (serbest, sigortalı, kurum avukatlığı, hazine avukatlığı vs.)
- 4- Avukatlık ortaklığı şeklinde çalışıyorsanız iş arkadaşınızın cinsiyeti nedir?
- 5- Sigortalı çalışıyorsanız işveren avukatınızın cinsiyeti nedir?
- 6- Avukatlığı isteyerek mi seçtiniz? Başka bir iş düşünmüş müydünüz, neden?
- 7- Hukuk fakültesinde toplumsal cinsiyetle ilgili bir ders aldınız mı?
- 8- Toplumsal cinsiyetle ilgili bir meslek içi eğitim adınız mı?
- 9- Toplumsal cinsiyetle ilgili olarak kişisel ilginiz ve merakınız doğrultusunda okumalarınız oldu mu- oluyor mu?
- 10- Toplumsal cinsiyetle ilgili medyatik davaları izleyip fikir yürütüyor musunuz, bu davalar meslektaşlarınızla aranızda gündem oluyor mu?
- 11- MESLEK PRATIĞİ
 - a. Ağırlıklı olarak hangi alanda çalışıyorsunuz? Seçme şansınız varsa- olsaydı hangi alanda çalışmayı/uzmanlaşmayı tercih edersiniz/ederdiniz, neden? Bu seçiminizde cinsiyetinizin bir etkisi var mıdır?
 - b. Kadın avukatların ceza hukuku alanında daha az ve pasif, aile hukuku alanında daha çok ve etkin çalıştığı/yer aldığı düşüncesine katılıyor musunuz? Bu konudaki düşünceleriniz ve deneyimleriniz nelerdir?
 - c. Gelincik Projesinin çalışmalarından haberdar mısınız? İçinde yer aldınız mı?
 - d. Kadınların adalete erişimde sorun yaşadığını düşünüyor musunuz? Bir kadın avukat olarak bu sebeple bir kadına yardım/dayanışma amacıyla bilgi vererek/yönlendirerek/vekil olarak yardımda bulunduğunuz oldu mu?
 - e. Evliyseniz meslek pratiğinizin evlilik hayatınızda sorun yarattığı oldu mu? Ya da buna dair kadın meslektaşlarınızın deneyimlerini gözlemlediğiniz oldu mu/oluyor mu? (geç vakit telefonla aranma, uzun saatler çalışma, ofisten eve geç gitme, genel stres vs.)
- 12- MÜVEKKİL İLİŞKİSİ
 - a. Müvekkillerin kadın ve erkek avukatlara olan tutum ve davranışlarının farklı olduğunu düşünüyor musunuz, buna ilişkin bir gözlem ya da deneyiminiz oldu mu? Varsa bunu nasıl açıklarsınız?
 - b. Müvekkillerin vekalet ücreti belirleme ve ödeme konularında kadın avukatlara erkek avukatlardan farklı şekilde davrandıklarını deneyimlediniz mi/gözlemlediniz mi?

- c. Kadın müvekkillerinizin sizi kadın olduğunuz için tercih ettiği oluyor mu? Sizden cinsiyetinizden dolayı bir empati bekliyorlar mı? Bu halde sizin tavrınız ne olur/ne oluyor?
- d. Erkek müvekkillerinizin (özellikle aile hukuku davalarında bir kadın avukat tarafından temsil edilmenin haklılık imajı yaratacağını düşündüklerinden dolayı) sizi kadın olduğunuz için tercih ettiği oldu mu/oluyor mu? Bu halde sizin tavrınız ne olur/ne oluyor?
- e. Siz, bir kadın avukat olarak kadın müvekkilleriniz ve erkek müvekkillerinizle olan iletişiminizde, onların beklenti ve taleplerinden bağımsız olarak kendi yaklaşımınızda bir farklılık olduğunu düşünüyor musunuz? Varsa bunu nasıl açıklarsınız?
- f. Kadın müvekkilinizin erkek hasmı tarafından şiddet veya tehdide maruz kaldığınız oldu mu? Olduysa bunun kadın olmanızla ilgisi olduğunu düşünüyor musunuz?

13- MESLEKTAŞ İLİŞKİSİ

- a. Birlikte çalıştığınız erkek meslektaşınız varsa mesleki işbölümünüzde cinsiyetlerinizin etkisi oluyor mu?
- b. Staj döneminizde cinsiyetinizden dolayı bir zorluk yaşamış mıydınız, ya da çevrenizde böyle bir zorluk gözlemlemiş miydiniz? Kadın stajyer avukatların staj bürolarını seçerken cinsiyetlerinden dolayı fazladan bir sıkıntı ve çekince yaşadıklarını düşünüyor musunuz?

14- HAKİM-SAVCI- PERSONEL İLİŞKİSİ

- a. Kadın olmanızdan dolayı hakim-savcı ya da personelin size **ayrımcı** davrandığını hissettiğiniz/deneyimlediğiniz oldu mu? Olduysa ne düşündünüz/ne hissettiniz/nasıl davrandınız?
- b. Kadın olmanızdan dolayı hakim-savcı ya da personelin size **pozitif ayrımcı** (öncelikli, daha olumlu) davrandığını hissettiğiniz/deneyimlediğiniz oldu mu? Olduysa ne düşündünüz/ne hissettiniz/nasıl davrandınız?
- c. Mesleğinizi icra ederken kıyafetinizden dolayı bir sorun yaşadınız mı?
- d. Cezaevinde (üst araması- müvekkille görüşme vs.) kadın avukat olarak cinsiyetinizden dolayı maruz kaldığınız bir olumsuz tutum, davranış, muamele oldu mu? Olduysa ne yaptınız?
- e. Kadın hakim-savcıların toplumsal cinsiyetle ilgili davalarda (kadına şiddet davaları, kadın sanıklı davalar, aile mahkemeleri vs.) daha ilgili- bilgili olduğunu düşünüyor musunuz?

- f. Kadın hakim-savcıların toplumsal cinsiyetle ilgili davalarda (kadına şiddet davaları, kadın sanıklı davalar, aile mahkemeleri vs.) kadın olduklarından dolayı taraflı/önyargılı görünmemek için duruşmadaki tavırları ya da kararlarında kullandıkları dille ilgili özel bir çaba gösterdiklerini düşünüyor musunuz? Bu yönde bir deneyiminiz/gözleminiz oldu mu?

15- GENEL BAKIŞ

- a. CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi'nin içeriği hakkında bilginiz var mı, uygulamada bu iki düzenlemeden faydalandığınız oldu mu?
- b. İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme kararının taraflar, kolluk ya da hakimlerde olumlu ya da olumsuz yansımaları gözlemlediniz mi?
- c. Kendinizi feminist olarak tanımlar mısınız?
- d. "Feminist hukuk metodolojisi" kavramını duydunuz mu? Yargılamanın herhangi bir aşamasında kadın deneyimlerine özgü bir yaklaşım gerektiğini düşündüğünüz ve bunun eksikliğini hissettiğiniz oldu mu?
- e. 6284 sayılı Kanun'un kadına şiddeti önlemede ve toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamada olumlu bir etkisi olduğunu düşünüyor musunuz?
- f. İyi/başarılı bir avukat olmak için "erkek gibi" olmanız gerektiğini hissettiğiniz, bunu düşündüğünüz ve uyguladığınız oldu mu? Olduysa bu duygu, düşünce ve deneyimimizi anlatır mısınız?

16- Ekleme ya da paylaşmak istediğiniz başka bir fikir, duygu, deneyim var mıdır?

KAYNAKÇA

- AĞAOĞLU CANAY, Hatike Dilara/ŞAHİN ÜNVER, Fatma Süzgün, *Feminist Hukuk Metodolojisi ve Feminist Avukatlık*, Kadın Yazıları (ed.) Türkan YALÇIN, Savaş Yay., Ankara, 2020.
- ANSAY, Tuğrul, Hukuk Eğitiminde Reform (Bir Deneme), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1-2, 1969, s. 261-321.
- ATALAY, Ahmet Haluk/ÇATALOLUK, Gökçe, Hukukun Feneri ve Günümüzde Bir Sanat Olarak Öğretimi, *Hukuk Kuramı*, C. 2, S. 6, Kasım- Aralık 2015, s. 52-58.
- AZAPAĞASI, Alpaslan/İNAN, Kubilay/YILMAZ, Jale/TOKAR GÜNEŞ, Zuhul (ed.), Turgut Tarhanlı tebliği, *Uluslararası Hukuk Klinikleri Sempozyumu*, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2017.
- CONDLIN, Robert J., The Moral Failure of Clinical Legal Education, *University of Maryland School of Law, Faculty Scholarship* 296, 1983, s. 317-349.
- D'AMELIO, Mariano, Hukuk Kliniği, Çev. Atıf Akgüç, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. 2, 1936, s. 70-74.
- HATİPOĞLU AYDIN, Duygu, Hukuk Klinikleri: Beklentiler, Uygulamalar ve KKTC Hukuk Fakülteleri Açısından Olanaklar, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, 2019, s. 285-309.
- HAYDOCK, Roger S., Clinical Legal Education: The History and Development of Law Clinic, *William Mitchell Law Review*, Vol. 9/1, 1983, s. 103-150.
- SCHRAG, Philip G., Constructing a Clinic, *Georgetown University Law Center, Clinical Law Review* 3, 1996, s. 175-247.
- SOYER, Emre, Türk Hukuk Eğitiminde “Yeni” Bir Yöntem Olarak: Hukuk Klinikleri, 9. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi, *Bildiriler Kitabı II*, İstanbul, 2021, s. 215-231.
- ŞAHİN, Fatma Süzgün, Feminist Hukuk Teorisinde Metodoloji, *TBB Dergisi* (özel sayı), 2017, s. 473-496.
- TANESINI, Alessandra, *Feminist Epistemolojilere Giriş*, Çev. Gülhan Demiriz, Berivan Binay, Ümit Tatlıcan Sentez Yay., İstanbul, 2012.
- TÜRKMEN, Köksal, *Hukuk Eğitiminde Yeni Bir Model Olan Klinik Hukuk Eğitimine İlişkin Öğretim Elemanlarının Görüşleri*, basılmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2018.
- UYGUR, Gülriz, Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Hukuk Adaletsizdir, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Temmuz 2015, s. 121-132.
- YÜCEL, Mustafa T./ACAR, Ali, *Hukuk Eğitiminde Klinik Çalışma*, <https://hukukfelsefesivosyolojisi.files.wordpress.com/2016/05/hukuk-ec49fitiminde-klinik-c3a7alc4b1c59fma.pdf> (23.05.2024).

Araştırma Görevlilerince Yetkisiz Olarak Verilen Derslerin Kamu Zararı Bağlamında Hukuki Sonuçları^(*)

Legal Consequences of Unauthorized Lecturers Given by Research Assistants in the Context of Public Damage

Dr. Yalçın ARSLANTÜRK^(**)

Arş. Gör. Refika SOYAL^(***)

Öz:

Temel amaç ve işlevi bilimsel çalışmaların ve yükseköğrenimin yürütülmesi olan üniversitelerde gerek lisans gerekse lisansüstü derslerinin bilimsel yeterlilik kriterlerine uygun koşullarda gerçekleştirilmesi zorunluluk arz eder. İlgili mevzuat, bu yeterliliğin sağlanması adına üniversitelerde derslerin esas olarak öğretim üyelerince verilmesini öngörmektedir. Öğretim elemanlığı kapsamında yer alan araştırma görevlilerinin ise ancak uygulamalı birimlerde ders verilebileceğine ilişkin istisnai bir hüküm getirilmiştir. Buna rağmen uygulamada mezkûr istisnai hükmün şartlarını taşımayan akademik birimlerde de araştırma görevlilerince ders verildiği durumlara rastlanmaktadır. Mevzuata aykırı olan bu durumlara yönelik herhangi bir yaptırım uygulandığı da tespit edilememiştir. Oysa hukuk devletinin temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesi gereği kanun hükümlerine aykırı uygulamalar için farklı mevzuat hükümleriyle çeşitli yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu itibarla çalışmada yetkisiz araştırma görevlisinin üniversitede ders vermesi durumunda ortaya çıkan kamu zararı bağlamında uygulanması gereken yaptırımın niteliği tartışılmıştır. Çalışmada öncelikle araştırma görevlilerinin ders verme koşul ve sınırları, mevzuat çerçevesinde hukuki olarak ortaya koyulmuştur. Akabinde yetkisi olmayan araştırma görevlisinin ders vermesi durumunda ekonomik zararın nasıl ortaya çıkabileceği analiz edilmiştir. Ekonomik zararın kamu zararı niteliği yanında zararın tazmininin usul ve kapsamı da tartışılmıştır. Çalışmada son olarak söz konusu eylemin fail ve sorumluları hakkında Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu bağlamında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

Araştırma Görevlisi, Görevi Kötüye Kullanma, Kamu Zararı, Tazmin, Türk Ceza Kanunu.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 11.07.2024 - Makale Kabul Tarihi: 03.08.2024.

^(**) Tarım ve Orman Bakanlığı, Uzman, Ankara - Türkiye,

E-posta: yalcinrabzon@gmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-0895-0022>.

^(***) Giresun Üniversitesi, İslami İlimler Fakültesi, Tefsir Bölümü, Araştırma Görevlisi, Giresun - Türkiye,

E-posta: refika.soyal@giresun.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-4250-2338>.

Abstract:

In accordance with the legislation; lectures at universities can be carried out mainly by lecturers, research assistants are exceptionally authorized to give lectures only in applied units. Nevertheless, there are cases in practice in which lectures are held by research assistants in academic units which don't meet the requirements of the aforementioned exception. Nor has it been found that sanctions contrary to the present legislation have been imposed for these situations. As such, in this study, the type of sanction to be applied has been discussed in relation to public loss caused when unauthorized research assistant holds lecture at the university. At the beginning of the study, legal conditions under which research assistants are allowed to hold lectures have given within the framework of legislation. Then it has been analyzed how economic loss can occur if an unauthorized research assistant holds lectures. In addition to the public loss character of the economic loss, the type and scope of the loss compensation have been also discussed. Finally, the status of the perpetrator and those responsible for the mentioned crime have been evaluated in the context of the crime of misconduct regulated in the Turkish Penal Code.

Keywords:

Research Assistant, Misconduct, Public Loss, Compensation, Turkish Penal Code.

GİRİŞ

Üniversiteler; toplumsal sorunların çözümüne katkı sağlamaya yönelik çalışmalar ile bilimsel araştırmaları yürütme, yenilikçilik özelliğiyle birlikte kültürel aktarım mekanizmasını sağlama ve özellikle gençlere muhtelif mesleklerin gerektirdiği donanımı kazandırma gibi birtakım işlev ve sorumlulukları bulunan yükseköğretim kurumlarıdır.¹ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda² üniversite, “*Bilimsel özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan; fakülte, enstitü, yüksekokul ve benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumu*” şeklinde tanımlanmıştır.³ Üniversitelerin kurumsallaştırılmasındaki temel gerekçe ve amaç ise öğretici ve öğrencilerin sistematik olarak bilimle iştiğal edebilmesidir.⁴

Üniversite bir kavram ve ide olarak kolektif bilgi ve gerçeklik ufkuna dair tasavvurlar yanında bunların gelişimi ile de ilintilidir. Etimolojik kökeni olan *universitas* “bütün, bütünlük, âlem/evren” anlamlarını ifade etmektedir.⁵ Orta Çağ'da öğretici ve öğrenci ile sınırlı olan bu bütünlük ve birlik günümüze kadar kapsamca genişleyerek bilhassa bilgi üretimine ilişkin olarak evrensellik boyutuna ulaşmış, böylece üniversiteler bilimin evrensel koşullarda aktarılması işlevini

¹ Hüseyin Korkut, “Üniversiteler”, Cumhuriyet Döneminde Eğitim, MEB Yayınları, İstanbul 1983, s. 293, 294.

² Resmi Gazete Tarihi: 06/11/1981, Resmi Gazete Sayısı: 17506.

³ 2547 sayılı Kanun madde 3/1-d.

⁴ Christian Wieland, “Universitas als Sodalitas. Überlegungen zu einer Religionsgeschichte der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Universität”, (Saeculum, Y. 1996, Band 47, Heft 1, s. 120-135), s. 120.

⁵ Jean August Scheler, Dictionnaire Létymologie Française, Les Résultats de la Sicence Moderne, Oxford University 1862, s. 332.

kazanmıştır.⁶ Sonuç itibarıyla üniversiteler evrensel ölçütlerde ortaya koyulan bilimsel bilginin yine aynı kıstaslara tâbi olarak aktarıldığı ve geliştirildiği kurumlardır. Zikredilenler ışığında öğretici ve öğrencinin bir araya getirildiği üniversitelerde öğrencinin iştigal etmekte olduğu bilim dalına ilişkin yeterlilik ve elverişliliği yanında öğreticinin ders verme liyakatinin önemi de gözler önündedir. Bu liyakat aynı zamanda aynı diplomanın edinildiği birbirinden farklı yükseköğretim kurumlarındaki kalitenin eşdeğerliği bakımından da zorunluluk arz eder. Mezuniyet sonrası tâbi olunan sınavlar ve mesleki ödevler göz önüne alındığında ise bahsi geçen liyakat, anayasal eşitlik ve fırsat eşitliği ilkelerinin gerektirdiği unsurlardandır.

Bu itibarla 2547 sayılı Kanun uyarınca üniversitelerde derslerin esas olarak profesör, doçent veya doktor gibi belirli bir akademik unvana sahip öğretim üyeleri tarafından verilmesi düzenlenmiştir. Aynı Kanun'da araştırma görevlilerinin ise ancak uygulamalı birimlerde, talepleri üzerine ve üniversite yönetim kurulunun izniyle ders verebilmelerine hükmedilmiştir.⁷ Bu düzenlemeler özellikle eğitim-öğretim niteliğinin her üniversitede ve her birimde belirli bir seviyede tutulması amacını taşımaktadır. Ancak uygulamada bu hususa uyulmadığı durumlara rastlanmaktadır. Herhangi bir hususta başta anayasa ve kanun hükümleri olmak üzere mevzuatta hüküm bulunması, bu hükümlere riayeti hukuken zorunlu kılar. Mevzuat hükmüne riayet edilmemesi ise kamu görevlileri aleyhine idare hukuku açısından disiplin cezalarını gerektirmektedir. Uygulamada disiplin cezasına dahi başvurulmamakla birlikte böyle bir hususta tatbik edilmesi gereken yaptırım ise yalnızca disiplin cezasıyla sınırlı kalmamalıdır. Zira yetkisi olmayan araştırma görevlisinin ders vermesi durumunda, hukuki yetki bulunmaması nedeniyle söz konusu ders ücreti, resmî kayıtlarda dersi vermiş olduğu görülen öğretim üyesine ödenmektedir. Bu durumda ise çalışmanın "Yetkisiz Ders Verme Durumunda Oluşacak Ekonomik Zararın Tespiti" başlıklı bölümde açıklandığı üzere, verilen ders için üniversite tarafından daha fazla ödeme yapılmış olmaktadır. Nitekim istisnai durumlar için yapılan düzenleme uyarınca araştırma görevlilerinin ders vermelerinde öngörülen ücret, öğretim üyeleri için öngörülen ücretten daha düşüktür. Böylece aradaki ücret farkı, devlet üniversitelerinde kamu zararının konusunu oluşturmaktadır. Kamu zararı söz konusu olduğunda ise 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu⁸ uyarınca zararın tazmini gerekmektedir. Ayrıca kamu görevlilerinin kamu zararı oluşturduğu durumlar, 5237 sayılı

⁶ Heiko Hilde, "Ein Himmelszelt in Der Online-Welt: Der Beitrag von Corporate Universities Zum Unternehmensweiten Wissensmanagement." (Die Unternehmung, Y. 2001, C. 55, S. 3, s. 169-185), s. 181.

⁷ Madde 36/3.

⁸ Resmi Gazete Tarihi: 24/12/2003, Resmi Gazete Sayısı: 25326.

Türk Ceza Kanunu'nda (TCK)⁹ görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bu itibarla bahsi geçen hususlar çalışmada hukuki gerekçeleriyle birlikte kapsamlı bir şekilde tartışılmıştır. Ayrıca yetkisiz ders verme eyleminin amir tarafından verilen yazılı talimat doğrultusunda gerçekleştirilmesinin hem oluşan kamu zararının 5018 sayılı Kanun kapsamındaki tazmininde hem de TCK kapsamındaki yargılamada nasıl bir değişiklik oluşturacağı da tartışma konusu yapılmıştır. Bunların yanı sıra çalışmanın ilgili bölümünde, eylem neticesinde oluşan kamu zararının 5018 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda tazmin edilmesi ve özellikle cezai hükmün ağırlığı dikkate alınarak fail ve sorumluların TCK kapsamında yargılamaya konu olması açısından, eylemin kapsamına ilişkin bir çerçeveye de çizilmiştir.

Bu açıklamalar doğrultusunda; çalışmada öncelikle araştırma görevlilerinin üniversitelerde ders vermelerine ilişkin hukuki durum mevzuat kapsamında açıklandıktan sonra yetkisi olmaksızın araştırma görevlilerince ders verilmesi durumunda ekonomik zararın nasıl oluştuğu ortaya koyulmuştur. Daha sonra söz konusu ekonomik zararın kamu zararı niteliği ve bu zararın 5018 sayılı Kanun kapsamında tazmin edilmesine ilişkin gerekçeler zikredilmiştir. Son olarak ise kamu zararı oluşturan bu eylemin TCK kapsamında değerlendirilmesi yapılmıştır.

I. ARAŞTIRMA GÖREVLİLERİNİN DERS VERME KONUSUNDAKİ HUKUKİ DURUMLARI

Araştırma görevlisi tanımı, 2547 sayılı Kanun'da¹⁰ yapılmıştır. Buna göre araştırma görevlisi, *“Yükseköğretim kurumlarında yapılan araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olan ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan öğretim elemanıdır”*. Bu tanımdan araştırma görevlilerinin genel görev mahiyeti anlaşılmaktadır. Söz konusu kanun hükmü uyarınca araştırma görevlisi öğretim elemanı olmakla birlikte araştırma, inceleme ve deneylerde asli görevli olmayıp yardımcı görevli konumundadır.

Araştırma görevlisinin tanımının yapıldığı 2547 sayılı Kanun hükmünde, araştırma görevlisinin ders verebileceğine ilişkin doğrudan bir ifade bulunmamaktadır. Ancak aynı Kanun hükmü uyarınca araştırma görevlilerinin, yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bahse konu Kanun hükmünde, araştırma görevlisinin öğretim elemanı olarak tanımlanması ve ders vermenin öğretim elemanlığıyla ilgili bir görev olması nedeniyle araştırma görevlilerine yetkili organlarca ders verme görevi verilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

⁹ Resmi Gazete Tarihi: 12/10/2004, Resmi Gazete Sayısı: 25611.

¹⁰ Madde 33/a.

Bu şekilde ulaşılan sonuç yalnızca hukuki bir yorum olarak kalmayıp ayrıca hüküm altına alınmıştır. Şöyle ki 2547 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında “*Doktora çalışmalarını başarı ile tamamlamış, tıpta, diş hekimliğinde, eczacılıkta ve veteriner hekimlikte uzmanlık unvanını veya Üniversitelerarası Kurulun önerisi üzerine Yükseköğretim Kurulunca tespit edilen belli sanat dallarının birinde yeterlik kazanmış olan 22/2/2018 tarihli ve 7100 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 34'üncü maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki de dâhil olmak üzere uygulamalı birimlerde görev yapan öğretim görevlileri ile araştırma görevlilerine talepleri üzerine ve üniversite yönetim kurulunun uygun görmesi halinde ders görevi verilebilir. Bu şekilde ders görevi verilen uygulamalı birimlerde görev yapan öğretim görevlileri ile araştırma görevlilerine haftada on iki saati aşan ders görevleri için haftada on saate kadar 2914 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde yer alan esaslar çerçevesinde öğretim görevlileri için belirlenmiş olan ek ders ücreti, gösterge rakamı üzerinden ek ders ücreti ile sınav ücreti ödenir.*” hükmüne yer verilmiştir.

Hükümde bahsi geçen 7100 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesinin ikinci fıkrası “*Uzman, çevirici, eğitim öğretim planlamacısı kadrolarında görev yapmakta iken bu Kanunla öğretim görevlisi kadrolarına atanmış sayılanlara ders görevi verilmez ve bu personel bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ilgili mevzuatta söz konusu kadro unvanları için öngörülen görevleri yapmaya devam ederler.*” hükmünü ihtiva etmektedir. 2547 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinin üçüncü fıkrası da 7100 sayılı Kanun'un 8'inci maddesiyle değiştirilmiştir. Bu itibarla 7100 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesinin ikinci fıkrasıyla bir yandan fıkrada geçen personelin ders veremeyeceği hüküm altına alınmışken 8'inci maddesiyle ise bunun istisnası olarak bunlardan uygulamalı birimlerde görev yapanların maddede belirtilen şartlar dâhilinde ders verebileceğine hükmedilmiştir. Böylece bunlar için ders vermeme durumu genel kural iken ders verme istisnai bir nitelik taşımaktadır.

Aynı şekilde söz konusu hüküm uyarınca araştırma görevlileri de istisnai olarak ders verebilmektedir. Yukarıda bahsi geçen öğretim görevlilerinin tâbi olduğu hükümler doğrultusunda bu konu birtakım kümülatif koşullara bağlanmıştır. Şöyle ki araştırma görevlilerinin ders verebilmesi için aşağıdaki şartların tamamını birlikte taşıması gerekmektedir:

- Doktora çalışmalarını başarı ile tamamlamış; tıpta, diş hekimliğinde, eczacılıkta ve veteriner hekimlikte uzmanlık unvanını veya Üniversitelerarası Kurulun önerisi üzerine Yükseköğretim Kurulunca tespit edilen belli sanat dallarının birinde yeterlik kazanmış olması,

- Uygulamalı birimlerde görev yapıyor olmalı,
- Araştırma görevlisinin ders verme konusunda talebi bulunmalı,
- Üniversite yönetim kurulu talebi uygun görmeli.

Böylece mevzuat uyarınca doktora çalışmasını tamamlamamış, belirlenen alanlarda uzmanlık unvanını veya yeterliliğini kazanmamış ve uygulamalı birimlerde görev yapmayan bir araştırma görevlisinin kendi talebi bulunması durumunda dahi 2547 sayılı Kanun uyarınca ders vermesi uygun değildir. Üniversite yönetim kurullarının da Kanun'da açıkça sayılmış olmaları yönüyle bu şartları taşımayan araştırma görevlilerine ders verme konusunda izin verme yetkileri bulunmamaktadır.

Araştırma görevlilerinin ders verme yetkisine dair sınırların yasal mevzuat uyarınca kesin ve net bir dille belirlenmiş olmasına rağmen uygulamada gerekli koşulları taşımayan araştırma görevlilerinin ders vermiş olduğu durumlara rastlanmaktadır. Böyle bir uygulamanın ilgili fakülte idari biriminin ve/veya üniversite yönetim kurulunun bilgisi dâhilinde olup olmaması, kimlerin hukuki sorumluluk altında bulunduğu noktasında belirleyici olmakla birlikte eylemin 2547 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etmesi hususunda bir anlam ifade etmemektedir. Zira Kanun ancak saymış olduğu şartlarda araştırma görevlilerinin ders verebileceğini hüküm altına almış olup aksi her durum Kanun hükmüne aykırı olarak değerlendirilecektir.

Söz konusu şartları yerine getirmeyen araştırma görevlisinin ders vermesi durumunda, Kanun hükmüne aykırı bir eylemin gerçekleştirilmesi nedeniyle idare hukuku kapsamında disiplin soruşturması gündeme gelecektir. Öncelikle bahse konu dersi vermekle görevli olan öğretim üyesi hakkında, söz konusu dersi kendisinin vermemesi nedeniyle olaydaki kusuru itibarıyla 2547 sayılı Kanun madde 53/b-2(o) hükmündeki “*Görevin tam ve zamanında yapılmasında kusurlu davranmak*” gerekçesine dayanarak kınama cezasının uygulanması gerektiği değerlendirilmektedir. Her ne kadar kendi görevi olmasa dahi söz konusu dersi vermekle bir öğretim üyesi tarafından verilmesi gerekli dersin gerektiği gibi yerine getirilmesindeki; dolayısıyla görevin tam olarak yapılmamasındaki kusuru araştırılmak suretiyle araştırma görevlisinin de 2547 sayılı Kanun'un aynı hükmü gereği kınama cezasıyla disiplin cezasına muhatap olması uygun olacaktır. Bununla birlikte T.C. Anayasası'nın¹¹ 137'nci maddesinin birinci fıkrasında “*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse emir yerine getirilir; bu hâlde, emri yerine*

¹¹ Resmi Gazete Tarihi: 09/11/1982, Resmi Gazete Sayısı: 17863 (mükerrer).

getiren sorumlu olmaz.” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca araştırma görevlisinin üst merciden almış olduğu yazılı talimat doğrultusunda dersi vermiş olması durumunda hukuki bir sorumluluğu bulunmayacağı için bu eylemi nedeniyle disiplin hükümleriyle sorumlu tutulması da düşünülemez.

İdari yaptırımın yanı sıra söz konusu eylem neticesinde kamu zararı da oluşabilmekte ve bu durumlarda, 5018 sayılı Kanun kapsamında tazmin ve TCK'nin ilgili hükümleri doğrultusunda yargılama söz konusu olacaktır. Nitekim yargı denetimi demokratik hukuk devletinin temel bir ögesi olup etkili bir denetime olanak tanıyan hukuki araçların kullanıma açık tutulmasıyla güvence altına alınmıştır.¹² Konusunun mezkûr eylemin kamu zararı bağlamındaki hukuki sonuçları olması sebebiyle çalışmada esas olarak 5018 sayılı Kanun ile TCK hükümleri doğrultusunda değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Bunlarla birlikte söz konusu eyleme ilişkin 5018 sayılı Kanun hükümlerine göre başvurulacak tazmin işlemine ve TCK kapsamında yapılacak yargılamaya, birkaç defaya mahsus olmak üzere istisnai olarak gerçekleştirilen eylemler yerine az da olsa süreklilik arz eden eylemlerde başvurulmasının, reel koşullar bakımından daha uygun olacağı değerlendirilmektedir. Zira ilgili öğretim üyesinin mazereti gereği izinli olduğu durumlar başta olmak üzere beklenmedik istisnai koşullarda başka bir yetkili öğretim üyesinin söz konusu ders için görevlendirilme imkânının bulunmaması nedeniyle araştırma görevlisince sınırlı bir süre zarfında ders verilmesi, eğitim-öğretimin aksamaması adına öğrenci menfaatine yönelik bir gerekçeyle kabul edilebilir bir durum olarak değerlendirilebilir. Bu değerlendirmenin dayanağı ise kamu hizmetinin sürekliliği ilkesidir. Söz konusu dersin verilmesi bir kamu hizmeti olup hizmet sunumunun aksamaması; dolayısıyla kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması adına, istisnai durumlarda böyle bir yöntemle başvurulması mazur görülebilir. Ancak söz konusu eylemin birkaç defayı aşan bir şekilde tekrarlanması, süreklilik arz eden bir eyleme dönüşmesi nedeniyle 2547 sayılı Kanun'un açık hükmü karşısında herhangi bir haklı gerekçe bırakmamaktadır. Öğretim üyesinin mazereti gereği uzun süre ders verememesi durumunda yetkili bir başka öğretim üyesinin geçici olarak da olsa görevlendirilmesi, öğrencilerin hak ve fırsat eşitliği yanında kamu zararının önüne geçilmesi bakımından önem arz eder. Zira 2547 sayılı Kanun madde 16 ve madde 21/6 hükümleri uyarınca bölüm başkanı ve dekan gibi üniversitenin ilgili idari birim yetkililerinin, birimlerindeki eğitim-öğretim faaliyetlerinin düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesinden sorumlu olmaları nedeniyle derslerin Kanun hükmü doğrultusunda öğretim üyeleri tarafından verilmesini sağlama yükümlülükleri bulunmaktadır.

¹² Nuri Alan, “Demokratik Hukuk Devleti ve Anayasa”, (Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2003, C. 58, S. 1, s. 1-9), s. 3.

II. YETKİSİZ DERS VERME DURUMUNDA OLUŞACAK EKONOMİK ZARARIN TESPİTİ

Yetkisi olmayan araştırma görevlisinin ders vermesi durumunda oluşacak ekonomik zarar, ek ders ücreti üzerinden ortaya koyulabilir. Ekonomik zararı oluşturan neden ise ders vermesi gereken ve ders veren kişilerin unvan farklılığıdır. Yetkisi olmaksızın ders veren araştırma görevlisi resmî kayıtlara göre ders verme yetkisi olmaması dolayısıyla ancak bir başka öğretim üyesi yerine ders verebilir. Bu durumda araştırma görevlisi yerine başka bir öğretim üyesi resmî kayıtlarda ders veren olarak görülecektir. Bu nedenle araştırma görevlisinin; ders verme yetkisi olan profesör, doçent veya doktor öğretim üyesi yerine ders vermesi söz konusu olmaktadır. Bununla beraber araştırma görevlisinin yetkisi olmaksızın ders verdiği her durum karşısında ilerisine bakılmaksızın bir ekonomik zarar oluştuğu iddia edilemez. Zira araştırma görevlisinin yerine ders vermiş olduğu öğretim üyesi (profesör, doçent veya doktor), hiçbir ek ders vermiyorsa zarar oluşmayacaktır. Bunun nedeni ise böyle bir durumda söz konusu ders nedeniyle ilgili öğretim üyesine ilave bir ücret ödenmemiş olmasıdır. Ancak araştırma görevlisinin yerine ders vermiş olduğu öğretim üyesi, haftalık mecburi ders yükü dışında ders veriyorsa araştırma görevlisinin vermiş olduğu ders, söz konusu ek derslerden olmasa dahi bunların maliyetiyle değerlendirilerek ekonomik zarar ortaya koyulacaktır. Öncelikle öğretim üyesinin vermiş olduğu ek derslerden olması durumunda söz konusu derse ait ücret, şüpheden arı bir şekilde bellidir. Öğretim üyesi ek ders veriyor ancak bahse konu ders bu ek derslerin aksine haftalık zorunlu derslerin kapsamına giriyor ise öğretim üyesinin vermiş olduğu ek ders sürelerinden yetkisiz verilen ders süresine tekabül eden ücret, yine yetkisiz verilen dersin ücreti olarak kabul edilecektir. Çünkü böyle bir durumda araştırma görevlisi tarafından verilen dersin süresi, haksız bir şekilde söz konusu öğretim üyesinin haftalık mecburi ders yükü hesabına dâhil olmaktadır. Bu itibarla dersin, ders sahibi öğretim üyesi yerine fiiliyatta olduğu gibi araştırma görevlisi tarafından verilmiş olduğu resmî kayıtlara geçmiş olsaydı ilgili öğretim üyesinin vermiş olduğu ek derslerin süresi bu dersin süresi kadar azalacaktı. Bu da öğretim üyesinin söz konusu dersin süresi kadar ücrete hak kazanamamasına yol açacaktı. Sonuç olarak öğretim üyesinin, araştırma görevlisi tarafından kendisi yerine verilen dersin süresine tekabül eden ek ders için almış olduğu ücret, haksız kazancın konusunu oluşturmaktadır.

Söz konusu ücretin tamamı öğretim üyesi için haksız kazanç unsurunu oluştururken üniversite için haksız yapılan ödeme olarak kabul edilebilir. Zira 2547 sayılı Kanun hükmünden¹³ hareketle yasal şartları taşımayan araştırma görevlisi-

¹³ Madde 36/3.

nin ders vermesinin kanuna aykırılık teşkil ettiği aşikârdır. Bununla birlikte ders, sorumluluğunda bulunduğu öğretim üyesi tarafından olmasa da araştırma görevlisince verilmiştir. Bu cihetle ortada nitelik gereği eksik de olsa (dersi vermesi gerekli unvan yerine başka bir unvanın dersi vermesi) gerçekleşmiş bir hizmet söz konusudur. Meselenin özüne bakıldığında -mevcut uygulamaların aksine- verilen hizmete konu ücretlendirmenin, öğretim üyesinin değil, aksine araştırma görevlisinin ek ders ücreti üzerinden yapılmasının hakkaniyete uygun olduğu görülecektir. Bu nedenle üniversite için haksız ödeme, ders vermesi gereken öğretim üyesinin söz konusu derse tekabül eden ek ders ücreti ile araştırma görevlisine ödenmesi gereken ek ders ücreti arasındaki farktan oluşmaktadır. Bu fark da 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nun 11'inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki ek ders ücreti göstergelerinden hesaplanabilir. Söz konusu fıkra göre profesöre 300, doçente 250, doktor öğretim üyesine 200 ek ders ücreti göstergesi belirlenmişken öğretim görevlisi için söz konusu gösterge 160 olarak belirlenmiştir. 2547 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinin üçüncü fıkrasındaki *"Bu şekilde ders görevi verilen uygulamalı birimlerde görev yapan öğretim görevlileri ile araştırma görevlilerine haftada on iki saati aşan ders görevleri için haftada on saate kadar 2914 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde yer alan esaslar çerçevesinde öğretim görevlileri için belirlenmiş olan ek ders ücreti, gösterge rakamı üzerinden ek ders ücreti ile sınav ücreti ödenir."* hüküm gereği uygulamalı birimlerde görev yapan araştırma görevlilerine öğretim görevlileri için belirlenen gösterge sayısı üzerinden ek ders ücreti verilebilmektedir. Buna bağlı olarak yetkisi olmayan araştırma görevlisinin yerine ders vermiş olduğu öğretim üyesinin gösterge rakamı (Unvana göre 300, 250 veya 200) ile 160 gösterge rakamı üzerinden hesaplanacak ek ders ücretleri arasındaki fark, üniversite için haksız ödeme tutarını ve böylece ekonomik zararı teşkil etmektedir. Aşağıdaki bölümde detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere söz konusu üniversitenin devlet üniversitesi olması durumunda ise bu haksız ödeme, kamu zararı olarak değerlendirilecektir.

III. YETKİSİZ DERS VERME DURUMUNDA OLUŞACAK EKONOMİK ZARARIN KAMU ZARARI NİTELİĞİ VE 5018 SAYILI KANUN KAPSAMINDA TAZMİNİ

Kamu maliyesi ve yönetimi açısından kamu zararı kavramı, 5018 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.¹⁴ Kanun'da¹⁵ kamu zararı, *"Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunma-*

¹⁴ Engin Hepaksaz/Elif Ayşe Şahin İpek, "Kamu Zararının Tespiti ve Tahsili Sürecinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", (Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Y. 2018, C. 32, S. 4, s. 921-940), s. 922.

¹⁵ Madde 71/1.

sıdır.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu hüküm uyarınca yetkisi olmayan araştırma görevlisinin ders vermesi, belirli koşullar altında kamu zararı doğurabilir. Zira 2547 sayılı Kanun hükmünde¹⁶ belirtilen koşulları taşımayan araştırma görevlisinin ders vermesi bu bakımdan mevzuata aykırı eylemdir. Resmî kayıtlara göre dersi vermesi gerekli olan öğretim üyesine ödenen ek ders ücreti ile fiili olarak dersi veren araştırma görevlisine ödenmesi gereken ek ders ücreti arasındaki fark ise kamu kaynağındaki eksilme olarak değerlendirilebilir. Söz konusu eylemin neticesinin bilerek ve isteyerek yapılması ise Kanun hükmünde yer alan “kastın” varlığını ortaya koymaktadır. Zira kasıt, bir şahsın gerçekleştirdiği eylemin sonucunda meydana gelecek zararı bilerek, isteyerek veya hesaba katarak hareket etmesi olarak tanımlanmaktadır.¹⁷ Yargıtay¹⁸ da kastı, “*hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi*” şeklinde tanımlamıştır.

Bununla birlikte söz konusu eylem neticesinde oluşacak ekonomik zararın kamu zararı olarak değerlendirilebilmesi için kaynağında eksilme olan üniversitenin devlet üniversitesi olması gerekmektedir. Zira bir zararın kamu zararı olarak kabul edilebilmesi için zarara uğrayan kaynak kamuya ait olmalıdır. Akademik personelinin ücretlerinin kamu kaynağıyla karşılanmaması nedeniyle vakıf üniversitelerinde oluşacak zarar, kamu zararı olarak değerlendirilemez. Devlet üniversiteleri ise 5018 sayılı Kanun’da belirtilen merkezî yönetim bütçe türlerinden özel bütçe kapsamında yer almaktadır. Özel bütçe ise “*Bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen ve bu Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesi*” olarak tanımlanmıştır.¹⁹ Bu Kanun hükmü uyarınca özel bütçe kapsamındaki kuruluşlara gelir tahsis edilmektedir. Merkezî bütçeden ödenek ayrılması ve aktarılması dolayısıyla devlet üniversitelerinin harcamaları, kamu kaynağının tüketilmesine yol açmakta; bu kuruluşlara nakit ihtiyaçlarını karşılamaları için ilgili yıl bütçe kanunlarıyla belirlendiği şekilde Hazine yardımları da yapılmaktadır²⁰ Böylece devlet üniversitelerince akademik personele yapılan maaş ve ek ders ücretlerine ilişkin ödemeler, kamu kaynağından gerçekleştirilmektedir. Bu da öğretim üyesi yerine yetkisi olmayan araştırma gö-

¹⁶ Madde 36/3.

¹⁷ Barış Özçelik, “5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na Göre Kamu Zararından Sorumluluk”, (Kamu Zararı Paneli, Y. 2012, Sayıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, s. 10-18), s. 13.

¹⁸ YHGK, E. 1067, K. 512, T. 13.04.2016: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

¹⁹ 5018 sayılı Kanun madde 12/4.

²⁰ Yalçın Arslantürk/Refika Soyal, “Fayda ve Zarar Unsurlarının Varlığının İntihal Yargılamasına Tesiri”, (Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 2023, S. 2023-1, s. 1-41), s. 9.

revlisi tarafından verilmiş olan ders için devlet üniversitesi tarafından yapılan fazla ödemenin, kamu zararı olarak değerlendirilmesinin gerekçesini oluşturmaktadır.

Kamu zararı, mevzuat hükümleri dikkate alınarak ilgili kamu kuruluşunca gerçekleştirilen kontrol, denetim veya inceleme, Sayıştay'ca kesin hükme bağlama ve adlî veya idarî yargılama süreçleri neticesinde tespit edilebilmektedir.²¹

5018 sayılı Kanun'da;²² kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararının, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca resmî kayıtlara göre dersi vermesi gerekli olan öğretim üyesinin, bu ders karşılığında elde etmiş olduğu ek ders ücretiyle araştırma görevlisine verilmesi gerekli olan ek ders ücreti arasındaki farkın, söz konusu öğretim üyesinden, ödemenin yapılmış olduğu tarihten itibaren üniversite tarafından faiziyle tahsil edilmesi gerekecektir.

Ayrıca üniversitede ilgili dersin verilmiş olduğu akademik birimde derslerin verilmesinde idare ve denetim yetkisine sahip, konuya ilişkin sorumluluk taşıyan idareciler, yetkisiz ders verme eylemi nedeniyle oluşan kamu zararının tazmininde ilgili öğretim üyesiyle müteselsilen sorumlu tutulmalıdır. Bu da kamu zararının ilgili öğretim üyesinden tahsil edilememesi durumunda zararın tazmininde ilgili idareciye rücu edilmesi anlamına gelmektedir. Zira 2547 sayılı Kanun'da bölüm başkanı için "*Bölümün her düzeyde eğitim-öğretim ve araştırmalarından ve bölüme ait her türlü faaliyetin düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesinden sorumludur.*" hükmü²³ ile dekan için "*... eğitim-öğretim, bilimsel araştırma ve yayını faaliyetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesinde, bütün faaliyetlerin gözetim ve denetiminin yapılmasında, takip ve kontrol edilmesinde ve sonuçlarının alınmasında rektöre karşı birinci derecede sorumludur.*" hükmü²⁴ bulunmaktadır. Ayrıca Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in²⁵ 5'inci maddesinin birinci fıkrasında da 5018 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri gereğince kamu görevlilerinin; kamu kaynaklarının etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, yönetilmesinden, kullanılmasından, korunmasından, kötüye kullanılmaması ve her an hizmete hazır bulundurulması için gerekli önlemlerin almasından sorumlu olduğuna ilişkin hüküm yer almaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca yalnızca kamu kaynağının azalmasına

²¹ Seyit Koçberber, "Kamu Zararı Kavramı Üzerine Yargı Kurumları Arasındaki Hüküm Uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin Rolü ve Önemi", (Sayıştay Dergisi, Y. 2015, S. 97, s. 55-75), s. 60.

²² Madde 71/3.

²³ Madde 21/6.

²⁴ Madde 16/6.

²⁵ Resmi Gazete Tarihi: 19/10/2006, Resmi Gazete Sayısı: 26324.

neden olan öğretim üyesi değil, bunların kullanılmasından ve korunmasından sorumlu olan üniversite idarecileri de sorumluluk altında bulunmaktadır. Zira kanunilik ilkesinin bir boyutu olan idarenin kanuniliği, idarenin hukuka bağlı olmasını ifade etmektedir.²⁶ Bu ilke gereği idarenin işlem ve eylemlerinin kanunun çizdiği sınırların içerisinde olma zorunluğu bulunmakta olup bu zorunluluk en kısa şekliyle faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet olarak tanımlanan hukuk devletinin bir sonucudur.²⁷ Elbette sözü edilen hukuki bağlılık, yalnızca kanunları değil aynı zamanda ikincil mevzuat da dâhil olmak üzere tüm hukuk kurallarını kapsamaktadır.²⁸ Zira hukuk devletine ilişkin daha detaylı bir şekilde yapılan “*Genel, açık ve istikrarlı kurallar ve evrensel hukuk ilkeleri ile sınırlandırılmış, insan haklarına saygılı ve bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, idare tarafından yürütülen düzenleyici işlemleri dâhil olmak üzere her türlü eylem ve işlemleri hukuka uygun, etkin bir yargı denetimi ile bağlı devlet*”²⁹ tanımından bu husus açıkça anlaşılmaktadır.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, kamu zararı açısından; ders vermemesine karşın ders ücreti alan öğretim üyesi hem “ilgili” hem “sorumlu” kişi, bu dersin öğretim üyesi tarafından verilmesi hususunda idare ve denetim yetkisine sahip kamu görevlisi ise “sorumlu” kişi olarak değerlendirilebilir. Zira Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik uyarınca “ilgili”, kendisine yersiz veya fazla ödeme yapılan gerçek ve/veya tüzel kişi ya da kişiler olarak tanımlanmışken; “sorumlu” ise kamu zararının oluşmasına sebep olan kamu görevlisi olarak tanımlanmıştır.³⁰ Öğretim üyesi, kendisinin vermemiş olduğu ders için ödeme alarak kendisine yersiz ödeme yapılması nedeniyle bir yandan Yönetmelik’teki “ilgili” diğer yandan ise araştırma görevlisi tarafından verilen ders için üniversite tarafından daha fazla ücret verilmesine yol açmak suretiyle Yönetmelik’teki “sorumlu” sıfatını taşıyacaktır. Dersin öğretim üyesi tarafından verilmesi hususunda idare ve denetim yetkisine sahip kamu görevlisi ise söz konusu görevini gereği gibi yerine getirmemesi dolayısıyla üniversite tarafından daha fazla ders ücretinin verilmesine ve bu itibarla kamu zararının oluşmasına sebep olması nedeniyle öğretim üyesiyle birlikte “sorumlu” sıfatını paylaşacaktır. Dolayısıyla kamu zararının ilgili öğretim üyesinden tahsil edile-

²⁶ Hasan Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014, s. 158.

²⁷ Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 21. B., Ekin Yayıncılık, Bursa 2019, s. 61.

²⁸ Bkz. WALİNE Jean, Droit Administratif, 22e Édition, Éditions Dalloz, Paris 2008, s. 411’den aktaran Dursun, s. 158.

²⁹ Gürsel Özkan, “Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2010, S. 1, s. 81-134), s. 85.

³⁰ Madde 4/1-b ve madde 4/1-h.

meyecek olması durumunda söz konusu kamu görevlisinden tahsili söz konusu olacaktır. Bununla birlikte yetkisiz ders verilmesinin ilgili idarecinin yazılı talimatı doğrultusunda gerçekleştirilmesi hâlinde, bahse konu idareci kamu zararı açısından Yönetmelik'te tanımlanan yalnızca "sorumlu" değil ayrıca "ilgili" sıfatını taşıyacak olup haksız yere ders ücreti alması nedeniyle ilgili öğretim üyesiyle birlikte bu zararın ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulacaktır.

Bunlarla birlikte araştırma görevlisi ve ilgili öğretim üyesi arasında, elde edilen ücretin dava konusu yapılması ise borçlar hukuku kapsamında değerlendirilecektir. Yetkisiz olarak ders veren araştırma görevlisi, her ne kadar söz konusu eylem konusunda yetkisi olmasa da neticede ders verme eylemini gerçekleştirmiştir. Bu itibarla araştırma görevlisi, resmî kayıtlarda bahse konu dersi vermiş gibi görünmesi nedeniyle yerine ders vermiş olduğu öğretim üyesinin kazanmış olduğu haksız ücreti, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun³¹ sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda talep edebilecektir. Nitekim Kanun'un 77'nci maddesinin birinci fıkrasındaki "*Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.*" hükmü dikkate alındığında, ilgili öğretim üyesinin gerçekte vermemiş olduğu ders nedeniyle araştırma görevlisinin emeğinden haklı bir sebep olmaksızın zenginleştiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

IV. YETKİSİZ DERS VERMENİN TCK KAPSAMINDA SONUÇLARI

Yetkisi olmayan araştırma görevlisinin ders verme eyleminin, TCK kapsamında "görevi kötüye kullanma" suçunun unsurlarını taşıdığı değerlendirilmektedir. TCK'de görevi kötüye kullanma suçu için eylemin barındırdığı farklı unsurlara göre iki farklı ceza hükmü belirlenmiştir. Bunlardan ilki 257'nci maddenin birinci fıkrasındaki "*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" hükmüdür. Ders verme yetkisi olmayan araştırma görevlisinin ve yerine ders verilen öğretim üyesinin, bahse konu eylemlerinin bu mevzuat hükmünde belirtilen unsurları karşılaması nedeniyle bu düzenleme çerçevesinde cezalandırılabilmesi değerlendirilmektedir. Bu suçun unsurları bağlamında yetkisiz ders verme olayı aşağıdaki gibi analiz edilebilir:

- Öncelikle ele alınan durumda her iki öğretim elemanı da görevi kötüye kullanma suçunun faili için belirlenen *kamu görevlisi olma* unsurunu taşımaktadır. TCK'nin 6'ncı maddesi uyarınca ceza kanunlarının uygulanma-

³¹ Resmi Gazete Tarihi: 04/02/2011, Resmi Gazete Sayısı: 27836.

sında kamu görevlisi; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlanmıştır. Bu hüküm uyarınca TCK kapsamında devlet üniversitelerinin yanı sıra vakıf üniversitelerinin de akademik personeli kamu görevlisi kabul edilmektedir. Bunun temel nedeni ise doktrinde³² ve yargı kararlarında³³ da kabul edildiği üzere vakıf üniversitelerinin de kamu hizmeti gerçekleştirmesidir.

- Her iki öğretim elemanı bahse konu eylemle 2547 sayılı Kanun³⁴ hükmüne aykırı davranarak *görevlerinin gerekliliklerine aykırı* hareket etmiştir.
- Söz konusu eylem neticesinde ilgili devlet üniversitesi tarafından araştırma görevlisince verilen ders karşılığında öğretim üyesi için belirlenen ücretin ödenmesi şeklinde daha fazla ödeme yapılması nedeniyle kamu zararı oluşmuştur. “Yetkisiz Ders Verme Durumunda Oluşacak Ekonomik Zararın Kamu Zararı Niteliği ve 5018 Sayılı Kanun Kapsamında Tazmini” başlıklı bölümde açıklandığı üzere söz konusu eylemin akademik personelce devlet üniversitelerinde gerçekleştirilmesi durumunda kamu zararı söz konusu olacaktır. Zira vakıf üniversitelerinin akademik personele yapmış olduğu ödemelerde kamu kaynağının kullanımının söz konusu olmaması nedeniyle kamu zararı oluşmayacaktır. Kamu zararının görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarından biri olması nedeniyle de yetkisi olmayan araştırma görevlisinin ders verme eylemi ancak devlet üniversitelerinde bu suç kapsamında değerlendirilebilecektir. Kamu zararına ilişkin bu açıklamalara ilaveten zararın niteliği hususunda TCK 257’nci maddesi gerekçesinde bahse konu zarar “kamunun ekonomik zararı” olarak belirtilmiştir.³⁵ Kamu zararı, Yargıtay’ın kararlaştırmış olduğu farklı davalarda da³⁶ ekonomik zarar olarak değerlendirilmiştir.

³² Bkz. Rana Gürbüz/Yüksel Akkaya, “Türkiye’de Vakıf Üniversiteleri: Eğreti Bir Özellik”, (Toplum ve Demokrasi Dergisi, Y. 2014, S. 17-18, s. 67-80), s. 72; Yunus Anıl Ay, “Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 sayılı Kanun’da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme”, (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 8, S. 2, s. 277-307), s. 286.

³³ İstanbul 14. As. Tic. M., E. 474, K. 1115, T. 16.12.2021: Ay, s. 287; Uyuşmazlık M. HB, E. 189, K. 234, T. 5.11.2012: <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/dd04c688-ffbe-425c-a378-fa1a15093904?ExcludeGereke=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 10.02.2023); D. 8. DB, E. 6130, K. 1639, T. 17.03.2021: <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=668289100&aranKelime=8.%20Daire,2021/16391639> (Erişim Tarihi: 10.02.2023).

³⁴ Madde 36/3.

³⁵ Arif Naci Sucuoğlu, Ceza Hukuku’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s. 54.

³⁶ YCGK, E. 4-96, K. 118; Y. 4. CD, E. 2636, K. 6041; Y. 4. CD, E. 2915, K. 3623; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 6, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 7335-7339’dan aktaran İlhan Üzülmöz, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. XVI, S. 1, s. 191-216), s. 201.

rilmiştir.³⁷ Araştırma görevlisinin yetkisi olmaksızın öğretim üyesi yerine vermiş olduğu ders karşılığında, öğretim üyesine araştırma görevlileri için belirlenen ek ders ücreti tutarından daha fazla ücret ödemesi söz konusu olmaktadır. Bu da söz konusu zararın ekonomik zarar olduğunu ortaya koymaktadır. Söz konusu zarar da her iki öğretim elemanının görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi neticesinde gerçekleşmiştir. Dolayısıyla görevinin gereğine aykırı hareket ile zarar arasında nedensellik ilişkisi, illiyet bağı bulunmaktadır.³⁸

Bunlara ilave olarak ders vermeyip derse ilişkin ücreti alan öğretim üyesinin elde etmiş olduğu ücret ise haksız menfaat unsuru olarak değerlendirilebilir.

Tartışma konusu eyleme ilişkin bu açıklamalar, Yargıtay³⁹ tarafından bir eylemin görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için aranan; eylem neticesinde kişi mağduriyeti, kamu zararı veya kişilere haksız menfaat sağlanması unsurlarının oluşup oluşmadığı ve oluştuysa ne şekilde gerçekleştiğinin gerekçelerinin ortaya koyulması gerekliliğini yerine getirmektedir.

Yetkisi olmayan araştırma görevlisinin öğretim üyesi yerine ders vermesinin, görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarını taşıdığını gösteren tüm bu açıklamalar, bu eylemle görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK hükmüyle korunmak istenen menfaatlerin çığnemiş olduğu sonucunu ortaya koymaktadır. Zira bu mevzuat hükmüyle bir yandan kamu görevinde disiplin sağlanmak suretiyle kamu idaresinin uğrayacağı olası zararların engellenmesi amaçlanmıştır.⁴⁰ Diğer yandan ise kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.⁴¹ Zira kamu görevlisinin görevinin gereğini yerine getirmemesi şeklindeki eyleminin sonucunda, toplumun kamu idaresine duyduğu güven de sarsılıp bakımından toplum manevi zarara uğramaktadır.⁴² Bununla birlikte Yargıtay kararlarında⁴³ da belirtildiği üzere norma aykırı her davranışın, kamuya duyulan güveni sarsması nedeniyle kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı varsayımıyla hareket edilerek zararın yalnızca manevi zarar olması durumunda bu husus kamu zararı kapsamında değerlendirilmemelidir. Yetkisi olmayan araştırma

³⁷ Üzülmöz, s. 201.

³⁸ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 1052.

³⁹ Y. 20. CD, E. 13557, K. 1149, T. 27/02/2018: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.03.2023).

⁴⁰ Sahir Erman/Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm - Kamu İdaresine Karşı Suçlar, 1. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 1992, s. 207.

⁴¹ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2012, s. 302.

⁴² Handan Yokuş Sevük, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)", (DÜHFD, Y. 2018, C. 23, S. 39, s. 257-316), s. 291.

⁴³ YCGK, E. 4-425, K. 67, T. 26.02.2013; E. 12-271, K. 278, T. 16/05/2017: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.03.2023).

görevlisinin ilgili öğretim üyesi yerine ders verme eylemi neticesinde ise hem kamusal görevlerde *dürüstlük ilkesi* çiğnenmiş hem de verilen hizmet için belirlenmiş olandan daha fazla ücret verilmesi suretiyle kamu maddi olarak zarara uğramıştır.

TCK'de görevi kötüye kullanma suçu için belirlenen diğer ceza hükmü ise 257'nci maddenin ikinci fıkrasıyla belirlenmiştir. Buna göre "*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*". Yetkisiz ders verme işlemi nedeniyle oluşan kamu zararı dolayısıyla eylemin faileri olan araştırma görevlisi ve öğretim üyesinin 257'nci maddenin birinci fıkrasıyla cezalandırılması gerekirken üniversitenin dersin verilmiş olduğu akademik birimde derslerin verilmesinde idare ve gözetim yetkisine sahip sorumlu idarecilerinin bu fıkra kapsamında cezalandırılması gerekmektedir. Zira bir dersi resmî kayıtlara göre vermesi gereken öğretim üyesinin söz konusu dersi verip vermediğinin gözetimi, ilgili idarecilerin sorumluluğu altında bulunmaktadır. Nitekim 2547 sayılı Kanun'da bu konuya ilişkin çeşitli hükümler mevcuttur. Bölüm başkanıyla ilgili olarak "*Bölümün her düzeyde eğitim-öğretim ve araştırmalarından ve bölüme ait her türlü faaliyetin düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesinden sorumludur.*" hükmü⁴⁴ yer almaktadır. Dekana yönelik olarak "... eğitim-öğretim, bilimsel araştırma ve yayını faaliyetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesinde, bütün faaliyetlerin gözetim ve denetiminin yapılmasında, takip ve kontrol edilmesinde ve sonuçlarının alınmasında rektöre karşı birinci derecede sorumludur." hükmü⁴⁵ mevcuttur. Yine bu kapsamda "*Her öğretim yılı sonunda, bölüm başkanı bölümün geçmiş yıldaki eğitim-öğretim ve araştırma faaliyeti ile gelecek yıldaki çalışma planını belirten bir raporu bağlı bulunduğu dekana sunar. Dekan bu rapora kendi kanaatini de ekleyerek rektöre gönderir. Rektör rapor ve görüşleri değerlendirerek gerekli tedbirleri alır ve yetersizlik ile ilgili kararlarını Yükseköğretim Kuruluna bildirir. Enstitü ve yüksekokul müdürü raporunu bağlı olduğu rektör veya dekana gönderir.*" hükmü⁴⁶ bulunmaktadır. Ayrıca Üniversitelerde Akademik Teşkilât Yönetmeliği'nin⁴⁷ 14'üncü maddesinin beşinci fıkrasında da "*Bölümde görevli öğretim elemanlarının görevlerini yapmaları bölüm başkanı tarafından izlenir ve denetlenir. Bölüm başkanı, her öğretim yılı sonunda bölümün geçmiş yıldaki eğitim-öğretim ve araştırma faaliyeti ile gelecek yıldaki çalışma planını açıklayan raporu, bağlı bulunduğu rektör, dekan veya yüksekokul müdürüne sunar.*" hükmü mevcuttur.

⁴⁴ Madde 21/6.

⁴⁵ Madde 16/6.

⁴⁶ Madde 42/1-b.

⁴⁷ Resmi Gazete Tarihi: 18/02/1982, Resmi Gazete Sayısı: 17609.

Bu mevzuat hükümleri uyarınca yetkisi olmayan araştırma görevlisinin resmî kayıtlara göre dersten sorumlu öğretim üyesinin yerine ders vermesi eyleminde, ilgili idarecilerin görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermek suretiyle kamu zararına neden olduğu değerlendirilmektedir. Görevin gereğini yapmada ihmal ve bunun neticesinde oluşan kamu zararı şeklindeki iki unsurun birlikte varlığının 257'nci maddenin ikinci fıkrasında belirlenen cezaya hükmedilmesi için yeter şart olması nedeniyle ilgili idareciler için bu fıkra göre yargılama yapılması uygun olacaktır.

Bunların yanı sıra Anayasa'nın 137'nci maddesi hükmü⁴⁸ dikkate alındığında yetkisiz ders verme işleminin, ilgili idarecilerin yazılı talimatı doğrultusunda yapılması durumunda, söz konusu işlemde araştırma görevlisi ve öğretim üyesi yerine yalnızca talimatı veren idarecilerin sorumlu tutulması gerekecektir. Bu durumda talimatı veren idarecilerin TCK'nin 257'nci maddesinin ikinci fıkrası yerine birinci fıkrası kapsamında yargılanması uygun olacaktır. Zira idareci, vermiş olduğu talimat nedeniyle bahse konu eylemde gözetim ve denetim sorumluluğunu aşarak bizzat fiilî sorumluluğu yüklenmiştir. Bunun sonucunda devlet üniversitesindeki kamu görevlisi statüsündeki söz konusu idareci, 2547 sayılı Kanun hükümlerine muğayir bir işlem yapmak suretiyle görevlerinin gerekliliklerine aykırı hareket etmiştir. Bu eylem neticesinde kamu zararı oluşmuş ve hattâ kişilere haksız menfaat de (fiiliyatta ders vermeyen öğretim üyesine ödenen ücret) sağlanmıştır. Bunlar ise bir eylemin TCK 257/1 hükmünce görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesini gerektiren unsurların tamamını karşılamaktadır.

Bununla birlikte Anayasa'nın 137'nci maddesinin ikinci fıkrasında "*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm karşısında ilk bakışta, yazılı bir talimat da olsa yetkisiz ders veren araştırma görevlisi ve ilgili öğretim üyesinin cezai sorumluluktan kurtulamayacakları değerlendirilebilir. Ancak Anayasa'nın ilgili hükmünün TCK'deki suç kavramının mahiyeti dikkate alınarak yorumlanması neticesinde, bunun isabetsiz bir değerlendirme olduğu ortaya çıkacaktır. Zira mezkûr emrin konusu olduğu üzere yetkisi olmayan araştırma görevlisinin ders vermesi özü itibarıyla suç tanımına girmemektedir. Burada eylemin konusu ders verme olup yetkisiz dahi olsa ders verme eylemi; hırsızlık, dolandırıcılık, adam öldürme veya yaralama gibi kamu görevinin gereklilikleri dışında gerçekleştirilen bir eylem olmaması nedeniyle doğrudan bir suç teş-

⁴⁸ "Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse emir yerine getirilir; bu hâlde, emri yerine getiren sorumlu olmaz."

kil etmemektedir. Zira TCK 257'de “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında*” ifadesi ile mezkûr suçun tali suç olduğuna işaret edilmektedir. Bu koşula binaen genel ve tali/ikincil/tamamlayıcı⁴⁹ suç tipi olarak nitelendirilen görevi kötüye kullanma suçunun⁵⁰ konusunu teşkil eden eylem, aslî/birincil suç tipindeki eylemlerin aksine doğrudan bir suç oluşturmamakta; herhangi bir zarar yahut haksız menfaat ortaya çıkarması koşuluyla ancak o zaman bir suç oluşturmaktadır. Eylemin -gerçekleştirmeye ilişkin kişi ve koşullardan bağımsız olarak- mevzuatta yer alan herhangi bir suç tanımına girmemesi, eş deyişle suç konusu teşkil etmemesi, bir bakıma görevi kötüye kullanma suçunun ilk koşulu ve temel unsurudur.

Ayrıca bu suçun özgü suç⁵¹ karakteri de yazılı talimata tâbi olarak ders veren araştırma görevlisinin sorumluluğunun kalktığına dair bir gerekçe niteliğindedir. Kamu görevlisi olmayan birinin bir kamu kurumu bünyesinde gerçekleştirdiği bir eylemle herhangi bir kamu zararına neden olması TCK'nin birincil suçları kapsamında değerlendirilir. Örneğin gerçekte öğretim elemanı olmayan bir kimsenin herhangi bir biçimde resmen vazifelenilmeksizin yetkisiz olarak ders vermesi dolandırıcılık kapsamında ele alınır. Böyle bir durumda talimatın konusu da suç teşkil ederdi. Zira talimatın konusu, bir kamu zararı oluşmasa dahi ders verme yetkisinden mutlak anlamda yoksun bir kimse tarafından ders verilmesi olduğundan doğrudan dolandırıcılık suçunun konusunu oluştururdu. Fakat temel faaliyetlerinden biri ders vermek olan akademik birimlerde öğretim elemanlığı kapsamında görev yapan araştırma görevlisinin ders vermesi, belirli durumlar dışında, yetkisiz olması nedeniyle kanuna aykırı olsa bile tek başına suç teşkil etmemektedir. Örneğin yetiştirilmesi amacıyla hocasının gözetiminde yahut birkaç defaya mahsusen acil durumlarda ders vermesi gibi durumlar göz önüne alındığında, araştırma görevlisinin ders vermesi, kamusal hizmetin sürdürülebilirliğini amaçlayan iyi niyetli bir eylem olarak değerlendirilebilir.

Anayasa hükmü uyarınca *konusu suç olmayan* emrin üst merci tarafından yazılı bir şekilde verilmesi durumunda emri yerine getiren kamu görevlisinin sorumluluğuna gidilmemesindeki amacın esası ise kamu görevlilerinin görevli ol-

⁴⁹ Değerlendirmeler ışığında tali suç, konusu asli norm kapsamına girmeyen eylemlerin bizatihi eylem dışındaki koşullara bağlı olarak haksız menfaat veya zarara sebebiyet vermesi nedeniyle suç olarak tanımlanmasıyla cezaya bağlanan davranışlar olarak tanımlanabilir.

⁵⁰ TCK 257'nci madde gerekçesi.

⁵¹ Özgü suç; suçun kanuni tanımında failin herhangi bir kişi olarak öngörülmediği, haksızlığın özel olarak belirlendiği ve tipik hale getirildiği, ceza tehdidinin ve cezalandırılabilirliğin özel olarak kararlaştırıldığı ve buna tipiklikte yer verildiği, failin belirli bir yükümlülüğünün (özel yükümlülük) veya özelliğinin (özel nitelik, durum, ilişki) öngörüldüğü, bu yöntemlerle faillik alanının sınırlandırıldığı suçlar olarak tanımlanabilmektedir (Tülay Kitapçioğlu Yüksel, Özgü Suç, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021, s. 61). TCK madde 40/2 hükmü uyarınca özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir.

dukları birimdeki üstlerinin talimatlarına itiraz hakkı olsa dahi üst merciinin ısrarı durumunda bunları mutlak olarak uygulama zorunluluğunun bulunmasıdır. Zira 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun⁵² 125'inci maddesinde, verilen emir ve görevlerin tam veya zamanında yapılmaması durumlarında kamu görevlisi için durumun mahiyetine göre farklı disiplin cezalarına hükmedilmiştir. Bu hükümler uyarınca emrin konusunun suç teşkil etmemesi kaydıyla kamu görevlisinin yazılı emri yerine getirme yükümlülüğü⁵³ bulunmaktadır. Buradan hareketle Anayasa hükmü uyarınca konusunun suç teşkil etmemesi nedeniyle eyleme ilişkin yazılı emri yerine getiren kimsenin cezai sorumluluğuna gidilmesine ilişkin hukuki bir gerekçe bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar ışığında yetkisi olmayan araştırma görevlisine ders vermeye yönelik yazılı talimatın konusunun, Anayasa hükmü uyarınca doğrudan suç teşkil eden bir emir olarak değerlendirilmesine olanak bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bağlı bulunduğu idarenin talimatına tabi oluşu araştırma görevlisinin bu durumdaki sorumluluğunu kaldırmaya yeter sebep olarak değerlendirilmektedir. Böylece üst merciinden almış olduğu yazılı talimat doğrultusunda yetkisi olmaksızın ders veren araştırma görevlisinin ve ilgili öğretim üyesinin, sonucunda kamu zararı oluşsa dahi TCK kapsamında yargılanmasında haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu durumda yalnızca kanun hükmüne aykırı talimatı veren idarecinin TCK kapsamında yargılanması söz konusu olacaktır. Nitekim Anayasa hükmü uyarınca *yazılı talimatın* varlığında sorumluluk, talimat doğrultusunda eylemi gerçekleştiren yerine talimat verene yüklenerek yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi ve kamusal disiplinin muhafazası adına, eylemi gerçekleştirenler Anayasal olarak korumaya alınmıştır.

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesi gereği gerek vatandaşlar gerekse kamu görevlileri tüm eylem ve işlemlerini kanuni ve diğer hukuki düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirme yükümlülüğü taşımaktadır. Bu ilke doğrultusunda, kamu görevlileri için idari yaptırımlar da dâhil olmak üzere herkes için yargısal denetim söz konusu olmaktadır.

Devlet üniversiteleri birer kamu kuruluşu olarak farklı mevzuat hükümleri doğrultusunda faaliyetlerini yürütmek zorundadır. Bu mevzuatın başında gelen

⁵² Resmi Gazete Tarihi: 23/7/1965, Resmi Gazete Sayısı: 12056.

⁵³ Burada emrin yazılı olması önem arz etmektedir. Amiri tarafından verilen sözlü bir emrin hukuka aykırı olduğunu düşünen kamu görevlisi amiri uyarmalı ve emri yerine getirmemelidir. Ancak bu emrin amir tarafından yazılı olarak verilmesi veya tekrarlanması durumunda, emrin konusunun suç teşkil etmemesi kaydıyla kamu görevlisinin emri yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu gereği, ancak uygulamalı birimlerde görev yapan araştırma görevlileri ders verme yetkisine sahiptir. Diğer akademik birimlerdeki araştırma görevlileri ise bu Kanun gereği ders vermeye yetkili kabul edilmemektedir. Ancak uygulamada mezkûr birimlerdeki araştırma görevlilerinin ders vermiş olduğu durumlara rastlanmaktadır. Kanun hükmüne açık bir şekilde aykırılık teşkil eden bu hususun, idare hukuku çerçevesinde disiplin hükümleri kapsamında soruşturulması ilk akla gelen yaptırımdır. Ancak böyle bir durumda genellikle göz ardı edilen hususlardan biri araştırma görevlisinin yetkisi olmaksızın vermiş olduğu dersin ücretini, resmî kayıtlarda dersi vermiş gibi görünen öğretim üyesinin almasıdır. İlk bakışta bu durum, her iki öğretim elemanı arasındaki sorun gibi görünmekle birlikte meselenin özünde kamu hukuku açısından önem arz eden bir sorunu barındırmaktadır. Yetkisiz verilen ders ilgili öğretim üyesinin haftalık vermek zorunda olduğu derslerden olup öğretim üyesinin bunların dışında ilave hiçbir ders vermemesi hâlinde üniversite tarafından söz konusu ders için ilave bir ücret ödememiş olmaktadır. Ancak söz konusu ders doğrudan ilgili öğretim üyesinin vermesi zorunlu olan haftalık ders saati dışında bir ders ise öğretim üyesi bunun için ek ders ücreti almaktadır. Kaldı ki bu ders ek derslerden olmasa dahi öğretim üyesinin ek ders vermesi hâlinde öğretim üyesi gerçekte vermediği bir dersi resmîyette aldığı ders yükü kapsamında göstererek bu ders süresi kadar ek ders ücretine hak kazanmış olmaktadır. Zira meselenin esasında öğretim üyesi, kendi sorumluluğundaki dersi gayri resmî olarak araştırma görevlisine tevdi etmesine bağlı olarak gerçekte vermemiş olup ek derslerden bu dersin süresine tekabül eden tutarı haksız yere edinmiş olmaktadır. Bu nedenle araştırma görevlisinin söz konusu dersi öğretim üyesi yerine vermesiyle öğretim üyesinin vermiş olduğu ek dersler arasından, bu ders süresine tekabül eden süreye karşılık gelen meblağ haksız kazanç teşkil ederken üniversite de fazladan ödeme yapmış olmaktadır. Zira dersin gerçekte araştırma görevlisince verilmiş olmasına bağlı olarak üniversitenin ancak uygulamalı birimlerde görev yapan araştırma görevlileri için belirlenen ek ders ücreti tutarı kadar ödeme yapması gerekiyordu. Ancak zorunlu ve tabii olarak resmî kayıtları temel alması nedeniyle üniversite ders ücreti olarak söz konusu öğretim üyesinin unvanı olan profesör, doçent veya doktor için belirlenmiş olan ek ders tutarını ödemektedir. Söz konusu ücretlerin araştırma görevlisi ek ders ücretinden fazla belirlenmiş olması nedeniyle üniversite, her iki ücret arasındaki tutar farkı kadar daha fazla ödeme yapmış olmaktadır. Bu fazla ödeme ise üniversite için ekonomik bir zarardır. Üniversitenin devlet üniversitesi olması durumunda, kamu kaynağı kullanması nedeniyle bu zarar, kamu zararı olarak kabul edilmektedir.

Kamu zararının oluşması hâlinde, bu zararın 5018 sayılı Kanun çerçevesinde tazmini gerekmektedir. Bu çerçevede devlet üniversitelerinde bu şekilde oluşan kamu zararının, ilgili öğretim üyesinden zararın oluştuğu tarihten itibaren faiziyle tahsili gündeme gelecektir. Bununla birlikte yetkisiz ders verilmesinin ilgili idarecinin yazılı talimatı doğrultusunda gerçekleştirilmesi hâlinde, talimatı veren idareci ve haksız yere ders ücreti alması nedeniyle ilgili öğretim üyesi, kamu zararının tazmininden “ilgili” sıfatıyla müteselsilen sorumlu tutulacaktır. Araştırma görevlisinin, söz konusu ders için alması gerekli olduğu ücret hususunda, yerine ders vermiş olduğu öğretim üyesini dava etmesi durumunda ise söz konusu husus, Türk Borçlar Kanunu’nun sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında değerlendirilebilecektir.

Bunlarla birlikte 2547 sayılı Kanun hükmü uyarınca ilgili akademik birimdeki eğitim-öğretim faaliyetlerinin yerine getirilmesi, bu konuda yetkili ve görevli idarecilerin sorumluluğunda olup bu itibarla konuya ilişkin hiçbir talimatı ve bilgisi olmasa dahi kamu zararının tazmininde ilgili idarecilerin de sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir.

Yetkisiz ders verme işlemi nedeniyle oluşan kamu zararına ilişkin yaptırım ise yalnızca 5018 sayılı Kanun kapsamında zararın tazminiyle sınırlı kalmamalıdır. Söz konusu eylem TCK kapsamında da değerlendirilmelidir. Zira bu eylemin ve eylemin sonuçlarının, TCK’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarını da taşıdığı değerlendirilmektedir. Devlet üniversitelerinde yetkisiz ders veren araştırma görevlisi ve yerine ders verilmiş olan öğretim üyesi, TCK’nin 257’nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca yargılamaya tâbi tutulmalıdır. Zira bu kişiler söz konusu fıkra suçun faili için belirlenen kamu görevlisi olma unsurunu taşımakta olup 2547 sayılı Kanuna aykırı davranarak görevlerinin gereklerini yerine getirmemekte ve bu eylemleri neticesinde de kamu zararı oluşmaktadır.

Bununla birlikte ilgili akademik birimde eğitim-öğretim faaliyetlerinin düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesinde ve bunlara ilişkin gözetim ve denetim sorumluluğu olan idarecilerin de TCK kapsamında yargılanması uygun olacaktır. Ancak bu yargılamada TCK’nin 257’nci maddesinin birinci fıkrası yerine ikinci fıkrası hükmü dikkate alınmalıdır. Zira söz konusu ilgililerin bahse konu hukuka aykırılık taşıyan eylemdeki rolleri; görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstererek kamunun zararına neden olma ve kişilere haksız bir menfaat sağlama, şeklinde 257’nci maddenin ikinci fıkrasının unsurlarını içermektedir. Nitekim 2547 sayılı Kanun ve Üniversitelerde Akademik Teşkilât Yönetmeliği hükümleri uyarınca üniversitelerde eğitim-öğretim faaliyetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesi ve bunlara ilişkin gözetim ve denetiminin yapılmasından, ilgili idareciler sorumlu tutulmaktadır.

Bunların yanı sıra yetkisiz ders verme işleminin ilgili idarecilerin yazılı talimatı doğrultusunda yapılması durumunda, Anayasa'nın 137'nci maddesi dikkate alındığında, söz konusu işlemde araştırma görevlisi ve öğretim üyesi yerine yalnızca talimatı veren idarecilerin sorumlu tutulması gerekecektir. Nitekim Anayasa'nın söz konusu maddesi uyarınca konusu suç olmayan *yazılı talimatın* varlığında sorumluluk, talimat doğrultusunda eylemi gerçekleştiren yerine talimat verene yüklenerek yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi ve kamusal disiplinin muhafazası adına, eylemi gerçekleştirenler Anayasal olarak korumaya alınmıştır. Bu durumda talimatı veren idarecinin eyleminin, suçun TCK'nin 257'nci maddesinin ikinci fıkrası yerine birinci fıkrasındaki unsurlarını karşılaması nedeniyle bu kapsamda yargılanmasında hukuki uyarlılık bulunacaktır.

Çalışmada ele alınan hukuki tartışmalara neden olan eylemin kapsamının belirlenmesi de ayrıca önem arz etmektedir. Birkaç defaya mahsusen istisnai olarak gerçekleştirilen eylemler yerine, az da olsa süreklilik arz eden eylemlere yönelik olarak 5018 sayılı Kanun ve TCK hükümleri kapsamında değerlendirmenin yapılması uygun olacaktır. Zira ilgili öğretim üyesinin hastalığı vb. beklenmedik istisnai durumlarda, eğitim-öğretimin aksamaması şeklinde öğrenci menfaatine yönelik bir gerekçeyle araştırma görevlisince sınırlı bir süre ders verilmesi, kabul edilebilir bir durum olarak değerlendirilebilir. Bu değerlendirme, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesiyle de uyum arz etmektedir. Ancak söz konusu eylemin birkaç defayı aşan bir şekilde tekrarlanması, süreklilik arz eden bir eyleme dönüşmesi nedeniyle 2547 sayılı Kanun'un açık hükmü karşısında, sığınabileceği herhangi bir haklı gerekçe bırakmayacaktır. Nitekim 2547 sayılı Kanun hükümleri uyarınca üniversitenin ilgili idari birim yetkilileri, birimlerindeki eğitim-öğretim faaliyetlerinin düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesinden sorumludur. Bu da söz konusu yetkililerin, derslerin Kanun hükmü doğrultusunda öğretim üyeleri tarafından verilmesini sağlama yükümlülüklerini ortaya koymaktadır. Bu itibarla söz konusu aksamalara karşı önlemleri alma da bu yetkililerin yükümlülükleri kapsamında yer almaktadır.

Çalışmada yer verilen hukuki tartışmalar, hukuk devleti ilkesine verilen önem uyarınca gerçekleştirilmiştir. Zira gerek vatandaşların eylemlerinin gerekse idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca kamu görevlilerinin işlem ve eylemlerinin kanun hükümleri başta olmak üzere tüm hukuk kurallarına uygun olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bunu teminen gerçekleştirilen yargı denetimi ise demokratik hukuk devletinin temel unsurlarındandır.

KAYNAKÇA

- Alan, Nuri, "Demokratik Hukuk Devleti ve Anayasa", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y. 2003, C. 58, S. 1, s. 1-9.
- Arslantürk, Yalçın/Soyal Refika, "Fayda ve Zarar Unsurlarının Varlığının İntihal Yargılamasına Tesiri", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 2023, S. 2023-1, s. 1-41.
- Atasoy, Fahri, "Bir Sosyal Kurum Olarak Üniversite, Bilim Zihniyeti ve Türkiye", Gazi Akademik Bakış, Y. 2018, C. 11, S. 23, s. 289-316.
- Ay, Yunus Anıl, "Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 8, S. 2, s. 277-307.
- Dursun, Hasan, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014.
- Erman, Sahir/Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm - Kamu İdaresine Karşı Suçlar, 1. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 1992.
- Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 21. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2019.
- Gürbüz, Rana/Akkaya, Yüksel, "Türkiye'de Vakıf Üniversiteleri: Eğreti Bir Özellik", Toplum ve Demokrasi Dergisi, Yıl 2014, S. 17-18, s. 67-80.
- Hepaksaz, Engin/Şahin İpek, Elif Ayşe, "Kamu Zararının Tespiti ve Tahsili Sürecinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Y. 2018, C. 32, S. 4, s. 921-940.
- Hilse, Heiko, "Ein Himmelszelt in Der Online-Welt: Der Beitrag von Corporate Universities Zum Unternehmensweiten Wissensmanagement." Die Unternehmung, Y. 2001, C. 55, S. 3, s. 169-185.
- Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay, Özgü Suç, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021.
- Koçberber, Seyit, "Kamu Zararı Kavramı Üzerine Yargı Kurumları Arasındaki Hüküm Uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin Rolü ve Önemi", Sayıştay Dergisi, Y. 2015, S. 97, s. 55-75.
- Korkut, Hüseyin, "Üniversiteler", Cumhuriyet Döneminde Eğitim, MEB Yayınları, İstanbul 1983.
- Özçelik, Barış, "5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na Göre Kamu Zararından Sorumluluk", Kamu Zararı Paneli, Y. 2012, Sayıştay Başkanlığı Yayını, Ankara 2012, s. 10-18.
- Özkan, Gürsel, "Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2010, S. 1, s. 81-134.
- Scheler, Jean August, Dictionnaire Létymologie Française, Les Résultats de la Science Moderne, Oxford University, 1862.

Sucuoğlu, Arif Naci, Ceza Hukuku'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2012.

Üzülmez, İlhan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. XVI, S. 1, s. 191-216.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 6, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Yokuş Sevük, Handan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)", DÜHFD, Y. 2018, C. 23, S. 39, s. 257-316.

Waline, Jean, Droit Administratif, 22e Édition, Éditions Dalloz, Paris 2008.

Wieland, Christian, "Universitas als Sodalitas. Überlegungen zu einer Religionsgeschichte der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Universität", Saeculum, Y. 1996, Band 47, Heft 1, s. 120-135.

Elektronik Kaynaklar

<https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=668289100&arananKelime=8.%20Daire,2021/16391639>.

<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/dd04c688-ffbe-425c-a378-fa1a15093904?excludeGerekce=False&words Only=False>.

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

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

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